

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo



TESIS DOCTORAL

**El órgano instructor del procedimiento administrativo en
España y el responsable del procedimiento administrativo en
Italia: un estudio comparado**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Cristina Ceccarini

Directores

**Fernando González Botija
José Ignacio Sarmiento Larrauri
Juan Ignacio Grande Aranda**

Madrid, 2017

TESIS DOCTORAL



**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
MADRID**

EL ÓRGANO INSTRUCTOR DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA Y EL RESPONSABLE DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN ITALIA: UN ESTUDIO COMPARADO

**Memoria presentada para optar al grado de Doctor por
CRISTINA CECCARINI**

**Directores: Fernando González Botija
José Ignacio Sarmiento Larrauri
Juan Ignacio Grande Aranda**

**Departamento de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

Índice

Abstract (inglés) 8

Resumen (castellano) 13

CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: LA LEY DE BASES DE 1889.

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN19

2. EL ENFOQUE DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA SOBRE EL ESTUDIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA LEY DE BASES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE 19 DE OCTUBRE DE 1889 22

2.1 El enfoque de la doctrina española sobre el estudio del procedimiento administrativo: desde el acto hasta el “justo procedimiento” 22

2.2 La promulgación de la Ley de Bases del procedimiento administrativo de 19 de octubre de 1889 31

2.2.1 Breve introducción31

2.2.2 Ley de Bases del procedimiento administrativo de 19 de octubre de 1889 33

CAPÍTULO II: LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE 17 DE JULIO DE 1958

1. LOS IMPULSOS DECISIVOS PARA LA ELABORACIÓN DE UNA NUEVA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO 46

1.1 Nuevo enfoque de la doctrina española que postula la distinción entre proceso administrativo y procedimiento administrativo 46

1.2 Influencia de la legislación de otros países en la preparación de la propuesta de ley de reforma del procedimiento administrativo 49

1.3 Nacimiento de la Revista de Administración Pública (RAP) en 1950 y sucesivamente de la Editorial Civitas y de la Revista Española de Derecho Administrativo (REDA) 51

2. <i>PROMULGACIÓN DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO (LPA)</i>	52
2.1 Principios inspiradores del procedimiento administrativo introducidos por la LPA	55
2.2 Las garantías sustantivas del administrado y las tareas para el funcionario-instructor en el desarrollo de la actividad instructora	59
2.2.1 Las garantías para los administrados introducidas por la LPA	60
2.2.2. Las tareas del funcionario instructor responsable del procedimiento	67
2.2.3 Otras disposiciones de la LPA	70

CAPÍTULO III: INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE 1958 Y LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE 1992 COMO ÚLTIMA ETAPA DE SU EVOLUCIÓN EN ESPAÑA.

Introducción	73
--------------------	----

1. <i>IL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA CONSTITUCIÓN</i>	74
1.1 Los criterios de eficiencia, de economía, de objetividad y de eficacia	75
1.2 El derecho de participación	76
1.3 El principio de imparcialidad y de publicidad	80
1.4. El principio de cooficialidad lingüística	81
1.5 El derecho a presentar pruebas y alegaciones	82
1.6 El sistema de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de legislación sobre el procedimiento administrativo	84
1.7 El artículo 24 CE: La notificación. El derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas..	89
➤ 1.7.1 La notificación	89
➤ 1.7.2 El derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas	91
2. <i>LA LEY 30/1992 DE 26 DE NOVIEMBRE DE «Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común» (LRJPAC)</i>	93
2.1 Ámbito de aplicación	95

2.2 Los principios generales del procedimiento administrativo en España	95
2.3. Los aspectos más problemáticos de la LRJPAC y la necesidad de su reforma	97
2.4. Las garantías sustantivas del administrado y los cargos de los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tienen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos	100
2.4.1 La obligatoriedad de respetar los términos y plazos	101
2.4.2 La obligación de resolver	105
2.4.3 Otras obligaciones y deberes que derivan de la LRJPAC	106
➤ 2.4.3.1 Derechos de los ciudadanos	106
➤ 2.4.3.2 Prohibición de agravar el procedimiento	106
➤ 2.4.3.3 Obligación de motivación	107
➤ 2.4.3.4 Facultad de acordar la información pública	107
2.5 La responsabilidad de la Administración y de los empleados públicos	110
2.5.1 La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública	110
➤ 2.5.1.1 Para exigir la responsabilidad extracontractual de la Administración es necesario activar el procedimiento general y el procedimiento abreviado de la LRJPAC	115
2.5.2 La responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas	118
2.5.3 Otras responsabilidades en las cuales puede incurrir el empleado público	119
➤ 2.5.3.1 La responsabilidad penal y la responsabilidad civil derivada de un delito	119
➤ 2.5.3.2 La responsabilidad disciplinaria	121

CAPÍTULO IV: PROYECTO SOBRE LA NUEVA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA. ¿QUÉ PAPEL TIENE INTENCIÓN DE ASIGNAR EL LEGISLADOR AL RESPONSABLE DEL PROCEDIMIENTO PARA ALCANZAR EL OBJETIVO DE UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EFICIENTE, TRANSPARENTE Y ÁGIL?

1. LA CONSIDERACIÓN DEL PRINCIPIO DE EFICACIA	129
---	-----

2. *EL FUNCIONARIO HABILITADO* 130
3. *EL APODERAMIENTO Y SU REGISTRO* 131
4. *LA DIGITALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO* 133
5. *DERECHOS DE LOS CIUDADANOS A NO APORTAR DOCUMENTOS QUE OBRAN EN PODER DE LA ADMINISTRACIÓN* 133
6. *EL ARCHIVO ELECTRÓNICO ÚNICO* 134

CAPÍTULO V: LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ITALIANA Y EL RESPONSABLE DEL PROCEDIMIENTO.

Antecedentes. 136

1. *ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE 7 DE AGOSTO DE 1990 N. 241* 145
2. *CRITERIOS GENERALES ENUNCIADOS POR LA LEY 241/1990 PARA LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA* 147

2.1 Legalidad..... 152

2.2 Economicidad 153

2.3 Eficacia 159

2.4 Imparcialidad 167

2.5 Transparencia y Publicidad 169

2.5.1 Publicidad 174

2.5.2 La transparencia como derecho al conocimiento y a la visualización de la actividad administrativa. La simplificación del lenguaje administrativo como derecho a la comprensión por parte de los administrados 179

2.6 Eficiencia 182

2.7 Ulteriores criterios extraíbles de la normativa comunitaria 183

2.7.1 Derecho a una buena administración 183

2.7.2 Principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad 184

2.7.3 La confianza legítima 186

2.7.4 Principio de precaución 188

3. EL RESPONSABLE DEL PROCEDIMIENTO 190

3.1 Determinación de la unidad organizativa responsable del procedimiento (artículo 4) 195

3.2 Individualización concreta de la persona física responsable del procedimiento (artículo 5)... 199

3.2.1 Funciones del responsable del procedimiento administrativo..... 204

- 3.2.1.1 Funciones del responsable del procedimiento administrativo enumeradas en el artículo 6.... 204
- 3.2.1.2. Deber de abstención en caso de conflicto de intereses (artículo 6-bis)..... 212
- 3.2.1.3 La obligación legal de resolver en plazo. Los efectos consiguientes a la inobservancia del término de conclusión del procedimiento. La resarcibilidad de los daños por retraso y la indemnización de mero retraso. El funcionario anti-retraso 214
- 3.2.1.4 Deber de comunicación del inicio del procedimiento a los sujetos del artículo 7 apartado 1 227
- 3.2.1.5 Facultad de aplicación de las medidas cautelares contenidas en el artículo 7 apartado 2 antes de la comunicación de inicio del procedimiento..... 232
- 3.2.1.6 Obligación de comunicación de las razones por las que se rechaza una solicitud (Preaviso de rechazo «Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza cd. Preavviso di rigetto»), artículo 10-bis legge 241/1990) 233
- 3.2.1.7 Prohibición de exigir documentos que obran en poder de la Administración pública y obligación de comprobar de oficio estados, hechos y calidades (artículo 18 coma 2 y 3) 236
- 3.2.1.8 Deber de regularización de las solicitudes de los interesados y de la documentación presentada (Deber de ayuda durante la instrucción «Dovere di soccorso istruttorio») 238
- 3.2.1.9 Eventual propuesta de convocatoria de la conferencia de servicios 240
- 3.2.1.10 Posibilidad de proponer acuerdos sustitutivos en lugar de la resolución final 240
- 3.2.1.11 Solicitud de informes y evaluaciones técnicas (arts. 16 e 17) 243
- 3.2.1.12 Prohibición de agravar el procedimiento administrativo (artículo 1 coma 1) 244
- 3.2.1.13 Derecho de acceso 244

3.3 Las responsabilidades del responsable del procedimiento 246

3.3.1 La responsabilidad administrativa 247

3.3.2 La responsabilidad disciplinaria 250

3.3.3 La responsabilidad civil hacia terceros ... 252

- 3.3.3.1 La responsabilidad patrimonial de la administración pública 252
- 3.3.3.2 La responsabilidad civil del empleado público 256
- 3.3.4 La responsabilidad penal 260
 - 3.3.4.1 Delito de omisión y denegación de actos debidos 261
 - 3.3.4.2 Delito de abuso de autoridad 262
 - 3.3.4.3 Delito de falsificación de documentos públicos 264
- 3.3.5 La responsabilidad de los dirigentes («responsabilità dirigenziale») 265

CAPÍTULO VI: EL RESPETO DE LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO CUANDO EL SUJETO QUE SE RELACIONA CON LA ADMINISTRACIÓN ES UN EXTRANJERO.

1. EL DERECHO A LA EFECTIVA PARTICIPACIÓN DEL EXTRANJERO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO 268

- 1.1 Traducción de los actos inherentes a la participación del extranjero en una lengua que pueda comprender 268
- 1.2 El problema de los documentos editados por el país de origen del extranjero 270
- 1.3 Propuesta de constitución en cada área metropolitana o provincia italiana de una unidad administrativa permanente, multitasking y multidisciplinar que favorezca la movilidad de las competencias presentes dentro de cada Administración pública como solución a los procedimientos de derecho administrativo sectorial 271

2. LA RELEVANCIA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN EN RELACIÓN A LA MATERIA DE EXTRANJERÍA 276

- 2.1 El caso de España 276
- 2.2 El caso de Italia 283

3. MOVILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS ENTRE ESTADOS EUROPEOS Y LA NECESIDAD DE UNA LEY SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EUROPEO COMO SOLUCIÓN PARA UNA MAYOR INTEGRACIÓN ADMINISTRATIVA DEL SISTEMA EUROPEO 290

Conclusiones 295

Bibliografía 300

Abstract (inglés)

The present doctoral thesis under the title "The examining authority responsible of the administrative procedure in Spain and civil servant head of the administrative procedure in Italy. A comparative study on the administrative procedure" aims at comparing two rankings, the Spanish and Italian, to understand whether and how the rules governing administrative procedures in both countries have contributed to the transformation of the relationships between public administration and citizens. In particular, the author reviews one of the institutes of the Italian administrative procedure that has (more than every other) helped curbing the anonymity of the subjects involved in the assessment procedure to ensure avoiding public administration in a general irresponsibility in fact, not turning at all easy for citizens to locate the perpetrators of any inertia or procedural omissions.

The work is divided into six chapters, of which the first is dedicated to the first Law on Administrative Procedure in Spain: the basic law of 1889. In fact, if there is no doubt that in Italy the doctrine had a long tradition of studies on the administrative procedure since the early twentieth century (the first work was by the jurist F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914), is equally clear that the legislative primacy on administrative procedure has to be recognized to be in Spain. The importance of this law lies in the fact that for the first time the legislature intended to lay down common basic rules for all public administrations on the administrative procedure. His intention was just to set the rules that had to undergo the various departments of the Public Administration when issuing its own regulations on the administrative procedure. The law would introduce rules to organize in more organic and efficiently processing and resolution of cases by the Public Administration. Although far from becoming general principles, it however opened the way to development - not only in Spain but also in Europe – of a modern law on administrative procedure (§ 2.2.2).

The second chapter takes into consideration the position of the Spanish doctrine on the basic law of 1889, which showed as the old law instead of constituting a guarantee for the citizens, actually went in the opposite sense, in that it led to a proliferation of rules from the side of the Administration. The texts of Italian jurists and Spanish will be reviewed to demonstrate how the renewal of the culture of administrative studies by the Spanish jurist, the influence of foreign law, and the creation of the legal journal RAP which became the common forum for the Spanish administrators, were the factors which led the Iberian legislature to consider the need to proceed with drafting a new law on administrative procedure in Spain (chapter II, §§ 1.1, 1.2 and 1.3). We

will show how the legislator took into consideration the suggestions offered by the doctrine and in 1958 enacted the Law on Administrative Procedure (LPA), which together with gathering in a single text the procedural rules applicable to all government ministries, reflected also the big step that the doctrine made on studies of the administrative procedure and of the modern organization of public administrations. e.g. that they should be based on the main ideas of unity and flexible procedures; simplification of procedures; increased productivity; collaboration with citizens; reducing the number of regulations.

Chapter III discusses the principles dictated by the Spanish Constitution which affected the administrative procedure, to account for how the Spanish legislator wanted to rethink the issue of administrative proceedings based on concrete issues directly or implicitly suggested by the Constitution. All this ended with the promulgation of the Law on "Legal Regime of Public Administrations and Common Administrative Procedure" (LRJPAC) November 26, 1992, which is still in force.

Chapter IV refers to the project on a new law on administrative procedure in Spain to achieve the goal of efficient, transparent and agile public administration. In this chapter the author asks what role the legislator intends to assign to the civil servant in charge of the procedure (as it is called in Italy) or authority instructor of the process to achieve that goal. Indeed, examining the various reforms on the administrative procedure that have occurred from 1889 to today, the role of the civil servant in charge has been absent in the legislative debate on the administrative procedure in Spain.

The legislator of 2015 seems to overcome this forgetfulness of his predecessors, and the analysis of the Council of State leads to a very important novelty: Article 71 paragraph 3 first introduces the figure of a physical person who is responsible for the procedure. However, yet the project does not include the individuation of a figure entirely dedicated to this task, as instead did the Italian legislator in Article 6 of Law 241/1990.

Why great importance is attached to this figure? The answer will be given in chapter V where the study will be faced on administrative proceedings in Italy, highlighting the importance of the responsible of the procedure had in this country (disciplined by Article 6 of Law 241/1990 on the administrative procedure), in an attempt to achieve a more transparent, more efficient and more agile administration. But here it should anticipate that this objective has not been fully achieved, and not because of the futility of this figure. Unfortunately, a political and local bureaucratic class unprepared was not legally able to understand the changes introduced by Law 241/1991, and that ignorance has contributed to weakening the figure responsible for the procedure. Only in recent

years - and thanks to a new impetus of the legislator on transparency and efficiency of public administrations - the role of the head of the procedure has become topical and placed at the center of the bureaucratic machine.

Chapter V is dedicated to the Italian administrative procedure law with particular reference to the civil servant of the head of the administrative procedure. Despite a long tradition of studies on the administrative procedure by the Italian doctrine, the first law on administrative procedure in Italy was enacted only in 1990. The reasons for this delay were well explained by the President of the Commission Parliamentary responsible for preparing the draft law on administrative procedure with some modifications - with respect to the original proposal - approved by the Italian parliament on August 7, 1990, i.e. the jurist Mario Nigro: first “the politics know few the procedures administrative (...). The politics don't know the administration and they don't even have a true experience of it (...). The second, the indifference of the politics is born from the desire, also unaware, not to want to fix in rigid rules (...) the relationship with the administration, but to leave wide space to the so-called intrusion of the political, maintaining in this way the same relationship in that flexibility and in that uncertainty that you/they allow the full and punctual liberty of intrusion and interference despite the principle of autonomy of the administration that is contained in our Constitution (...)” (M. NIGRO, *Relazione introduttiva*, AA.VV. *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*. Atti del Convegno Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988, Milano, 1990, at 4, 6-7). With this law the legislator did not intend to develop a codex on administrative procedure, but to formulate general rules that should be observed for the process to lead to an administrative act. After examining the principles inspiring deducted either from the Italian Constitution and Community legislation, the author delves to examine the articles of the law that are closely related to the tasks of the responsible for the procedure and whose importance we have already wrote above.

From the contextual comparative examination between the two laws on the instructor phase of the administrative process similarities (Chapter 5, §§ 3.2.1 and following) and differences emerged. Among the differences of major interest, it is convenient to signal the absence of the civil servant in charge of the procedure in the Spanish LRJPAC, and the absence of the figure of the public information in the Italian law 241/1990.

With respect to such a latter figure, it is convenient to remark that it was foreseen, in Italy, in the original proposal of the law, but, at the moment of its implementation, the figure itself was unexpectedly removed. The public information was delineated by the jurist Nigro as the place where maximal participation of citizens to the administrative activity was possible. Its exclusion

was explained by jurist Nigro as attachment to the idea of a hidden administration still not accepting the option of a so broad participatory. In more recent times, in Italy, the moving away of citizens from public life suggested local and national politicians to strengthen the citizens' participation on the main political decisions of the Country and of the cities through open and creative public debates. In this context the author of this study hopes that soon the legislator will also remember the old Article 7 of the draft law on administrative procedure.

Secondly, it is convenient to remark the difference in the disciplines on the patrimonial responsibility of public administration (see Chapters III § 2.5 and ss. and Chapter V § 3.3.3). In Spain the responsibility is built on pillars of an objective nature: injury is an essential determinant of such liability, except in cases of force majeure (Article 106 2 EC and 139 LRJPAC). In contrast, in Italy, in the absence of a constitutional provision and positive law, case law has rebuilt the liability as a subjective data, i.e. the liability can not occur on the basis of objective data of illegitimacy of administrative action, the fault being required (i.e. the individual will have to prove that the damage results from the violation of internal limits on the discretion constituted by the duty of impartiality and proper operation dictated by Article 97 of the Constitution). Also the discipline relative to the right of the individual to seek damage for misconduct (intent or negligence or gross negligence) of public employees is different. In Spain, the citizen requires directly to the related public administration, without having the obligation of running a direct action against the authority or person which caused the damage. The Administration must indemnify the citizen and then demand accountability of their authority or staff through the action of return (Article 145 LRJPAC). In Italy, however, in order to ask compensation, the citizen can proceed either against the corresponding Administration, which is bound to bring proceedings after return, or directly against the person within the administration who caused the damage (Article 28 Constitution).

Topics studied in this thesis (and in particular the last two) with comparative methods help us to introduce Chapter VI and final of this work. In this chapter we have analyzed the impact of two laws on administrative procedure when the subject is a foreign. And we have shown how the law on administrative procedure in both countries is still not adequate to cope with a multicultural society. This view is put into crisis by the immigration phenomenon, which determines the situation where more and more foreigners have to interface with our public administration.

Following these latter considerations the author has concluded that it is much more appropriate today to promote the processes of mobility of public servants between European states to share best management practices. If on the one hand this possibility would reduce the dispute before the judge (with obvious saving of time and therefore money), on the other hand it would

promise to give it greater realization of democratic principles which are contained both in the Constitutions and in the living community law.

In this context perhaps a boost to the mobility of the officials could be the adoption of a European law on administrative procedure.

Resumen (castellano)

La presente tesis de doctorado bajo el título «El órgano instructor del procedimiento administrativo en España y el responsable del procedimiento administrativo en Italia. Un estudio comparado sobre el procedimiento administrativo», se propone, como objetivo, comparar dos ordenamientos, el español y el italiano, para comprender si, y de qué manera, las normas que regulan los procedimientos administrativos en los dos países han contribuido a la transformación de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. En particular, la autora se ha detenido en el examen de uno de los institutos del procedimiento administrativo italiano que más que ningún otro ha contribuido a frenar el anonimato de los sujetos encargados de la gestión del procedimiento, evitando de esta manera que la Administración incurra de forma general en una irresponsabilidad de hecho, ya no resulta fácil para los interesados localizar los autores de las eventuales inercias u omisiones procedimentales.

El trabajo se estructura en seis capítulos. El primero está dedicado a la primera Ley sobre procedimiento administrativo en España: la Ley de Bases de 1889. En efecto, si es indudable que en Italia la doctrina contaba con una larga tradición de estudios sobre el procedimiento administrativo, ya a partir de los principios del siglo XX (la primera obra que teoriza el procedimiento administrativo como concatenación de actos fue del jurista F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914), es igualmente indudable que la primacía legislativa en materia de elaboración de una ley sobre el procedimiento administrativo tiene que ser reconocida a España. La importancia de esta Ley reside en el hecho de que por primera vez el legislador quiso dictar reglas básicas comunes a todas las Administraciones Públicas sobre el procedimiento administrativo. Su pretensión era tan solo establecer las reglas a las que tuvieron que someterse los distintos Departamentos de la Administración Pública a la hora de dictar sus propios reglamentos sobre el procedimiento administrativo. La Ley quiso introducir reglas para organizar en modo más orgánico y eficiente la tramitación y resolución de los expedientes por la Administración Pública. Y aunque lejos de convertirse en principios generales, sin embargo representaron novedades para el derecho administrativo europeo y abrieron el camino al desarrollo – no solo en España sino también en Europa – de una legislación moderna sobre el procedimiento administrativo y conforme a lo que requiere un Estado de Derecho (§ 2.2.2).

El segundo capítulo examina la posición de la doctrina española sobre la Ley de Bases de 1889, la cual puso de manifiesto como la proliferación reglamentaria a que dio lugar la Ley de 1889 desnaturalizó el objetivo de constituir garantía de uniformidad para los administrados. Esto

fue la causa para solicitar al legislador que redactase una nueva Ley sobre el procedimiento administrativo. Se examinarán, por lo tanto, los textos de juristas italianos y españoles para demostrar como la renovación del cultivo de los estudios administrativos por parte de los juristas españoles, la influencia de la legislación extranjera, y la creación de la Revista jurídica RAP, que se convirtió en el foro común por los administrativistas españoles, constituyeron los factores para que el legislador ibérico pudiera empezar a plantearse la exigencia de proceder a redactar una nueva Ley sobre el procedimiento administrativo en España (capítulo II, §§ 1.1, 1.2 y 1.3). En fin se pondrá de relieve como el legislador no hizo caer en el vacío las sugerencias de la doctrina y, en efecto en el 1958 promulgó la Ley sobre el procedimiento administrativo (LPA), que además de reunir en un texto único las normas procedimentales aplicables a todos los Departamentos ministeriales, reflejaba también el gran paso que dio la doctrina en materia de estudios sea sobre el procedimiento administrativo - concebido ahora como cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin –, sea sobre la organización de las administraciones públicas en sentido moderno, de tal modo que sus procedimientos deberían fundarse sobre las ideas capitales de unidad y flexibilidad; simplificación de trámites; incremento de la productividad; colaboración con los administrados; reducción del número de disposiciones reglamentarias.

En el capítulo III se analiza cómo los principios propugnados por la Constitución española han incidido sobre el procedimiento administrativo - y también sobre la LPA – para dar cuenta de cómo el legislador español quiso replantearse la cuestión del procedimiento administrativo en función de concretos postulados inferidos directa o implícitamente de la Constitución, y que acabó con la promulgación de la Ley de «Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común» (LRJPAC) 26 de noviembre de 1992 todavía vigente.

El capítulo IV hace referencia al Proyecto sobre una nueva Ley de procedimiento administrativo en España para alcanzar el objetivo de una Administración pública eficiente, transparente, y ágil. En este capítulo la autora se pregunta ¿Qué papel el legislador tiene intención de asignar al responsable del procedimiento (como se denomina en Italia) o al funcionario instructor del procedimiento para alcanzar dicho objetivo?

Efectivamente, del examen de las varias reformas sobre el procedimiento administrativo que se han sucedido de 1889 a hoy el papel del funcionario instructor ha sido el gran ausente en el debate legislativo sobre el procedimiento administrativo en España.

El legislador de 2015 parece que quiere remediar este olvido de sus predecesores. Del análisis de las apreciaciones destacadas por el Consejo de Estado, cabe señalar que una novedad muy importante en el proyecto de reforma 2015 de la Ley sobre el procedimiento administrativo la encontramos en el artículo 71 apartado 3 que, por primera vez, introduce la figura del responsable del procedimiento entendida como una persona bien individuadalizada – en carne y hueso - que tiene la responsabilidad de la fase instructora. Sin embargo el proyecto de ley todavía no quiso dedicar una sección a esta figura con tareas bien identificadas (aunque de carácter general) como hizo el legislador italiano con el artículo 6 de la Ley 241/1990.

¿Por qué la autora da mucha importancia a esta figura? La respuesta se dará en el capítulo V donde se aborda el estudio del procedimiento administrativo en Italia declinándolo sobre la importancia que ha tenido en este país el instituto del responsable del procedimiento administrativo (disciplinado por el artículo 6 de la Ley 241/1990) con el intento de alcanzar una Administración más transparente, más eficaz y más ágil. Sin embargo conviene aquí adelantar que tal objetivo no ha sido alcanzado completamente, y no a causa de la inutilidad de esta figura. Desafortadamente una clase política y una clase burocrática locales poco preparadas jurídicamente no han sabido comprender las novedades introducidas por la Ley 241/1991, y esta ignorancia ha contribuido a debilitar la figura del responsable del procedimiento. Sólo en los últimos años - y gracias también a un nuevo impulso del legislador en materia de transparencia y eficiencia de las Administraciones públicas- el papel del responsable del procedimiento ha vuelto a la actualidad y se ha puesto en el centro de la máquina burocrática.

El capítulo V está dedicado a la Ley de procedimiento administrativo italiana, prestándose particular atención a la figura del responsable del procedimiento.

A pesar de larga tradición de estudios sobre el procedimiento administrativo por parte de la doctrina italiana, sin embargo la primera Ley sobre el procedimiento administrativo en Italia fue promulgada en 1990. Las razones de dicho retraso han sido bien explicadas por el Presidente de la Comisión parlamentaria encargada de elaborar el proyecto de Ley sobre el procedimiento administrativo que con algunas modificaciones – respecto a la propuesta originaria – será aprobado por el Parlamento italiano el 7 de agosto de 1990, es decir el jurista Mario Nigro: en primer lugar “los políticos conocen poco los mecanismos de la vida administrativa (...). Los políticos no conocen la Administración y tampoco tienen de ella una verdadera experiencia (...). En según lugar, la indiferencia nace del deseo, a lo mejor, inconsciente, de los políticos de no institucionalizar y entumecer las competencias rigurosamente asignadas (...) la relación con la Administración, dejándose ancho espacio al desarrollo de lo que llamamos intrusión de la política. Se mantiene así la

relación con una flexibilidad e incertidumbre que permiten la más plena y puntual libertad de intrusiones e injerencia, conservando la autonomía de la Administración que está en nuestra Constitución (...)” (M. NIGRO, *Relazione introduttiva*, AA.VV. *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell’amministrazione*. Atti del Convegno Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988, Milano, 1990, págs. 4, 6-7).

Con esta Ley el legislador no quiso elaborar un código sobre el procedimiento administrativo, sino formular unas reglas generales que debían ser observadas para la tramitación conducente a dictar un acto administrativo.

Después de haber examinado los principios inspiradores deducidos, sea de la Constitución italiana, sea de la normativa comunitaria, la autora se adentra a examinar los artículos de la ley que tienen una estrecha relación con las tareas del responsable del procedimiento y de cuya importancia ya hemos hecho referencia *supra*.

Del examen comparado de las dos leyes sobre la fase instructora del procedimiento administrativo han emergido similitudes (capítulo V, §§ 3.2.1 y ss), y diferencias. Entre las diferencias de mayor interés para la autora de este trabajo conviene señalar, en primer lugar, la ausencia del responsable el procedimiento en la LRJPAC española, y la ausencia del instituto de la información pública en la Ley italiana 241/1990. Con respecto a este último instituto conviene señalar que eso estaba previsto en la propuesta originaria sobre el procedimiento administrativo en Italia. Pero al momento de su aprobación inexplicablemente el instituto fue borrado. La información pública había sido delineada por Nigro como el lugar donde permitir la máxima participación del ciudadano a la actividad administrativa. La exclusión de la información pública de la ley 241/1990 fue explicado por Nigro como el apego del legislador a la idea de una administración oculta que todavía no acepta la idea de una amplia forma de participación. Últimamente en Italia el alejamiento de los ciudadanos de la vida pública ha sugerido a los políticos locales y nacionales el reforzar las posibilidades de participación y de incidencia de los ciudadanos sobre las principales políticas del país y de las ciudades a través de debates políticos abiertos y creativos. En este contexto la autora de este estudio espera que muy pronto el legislador se acuerde también del viejo artículo 7 de la propuesta de ley sobre el procedimiento administrativo – que preveía la información pública - y que todavía está inaplicado. En segundo lugar conviene señalar la diferencia de disciplinas sobre la responsabilidad patrimonial de la pública administración (capítulo III, § 2.5 y capítulo V, § 3.3.3). En España se prescinde de la culpa y la responsabilidad, construyéndose sobre pilares de carácter objetivo, o sea es la lesión el elemento determinante esencial de dicha responsabilidad patrimonial, salvo en los casos de fuerza mayor (artículos 106. 2 CE y 139 LRJPAC). En cambio en Italia, en ausencia de una norma constitucional y de derecho positivo, la jurisprudencia ha reconstruido la

responsabilidad patrimonial declinándola al dato subjetivo, es decir que la responsabilidad no puede ocurrir sobre la base del mero dato objetivo de la ilegitimidad de la acción administrativa, siendo necesaria la culpa (o sea el particular para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial tendrá que probar que el daño es consecuencia de la violación de los límites interiores a la discrecionalidad constituida por el deber de imparcialidad y de buen funcionamiento dictados por el artículo 97 de la Constitución). También la disciplina relativa al derecho del particular a exigir el daño causado por la actuación irregular (dolo, o culpa o negligencias graves) del empleado público resulta distinta. En España el particular exigirá directamente a la Administración correspondiente, sin que tenga la obligación o carga legal de dirigir la acción directamente contra la autoridad o personal causante, debiendo la Administración indemnizar al particular y exigir posteriormente de oficio la responsabilidad a su autoridad o personal a través de la acción de regreso (artículo 145 LRJPAC). En Italia, en cambio, el particular para obtener el daño indemnizable puede dirigirse sea contra la Administración que corresponda, la cual se ve obligada después a ejercitar la acción de regreso; sea directamente contra la persona que dentro de la Administración lo causó (artículo 28 Constitución).

Los temas estudiados en esta tesis (y en particular los últimos dos citados *supra*) con método comparado, nos ayudan a introducir el capítulo VI y último de este trabajo. En este capítulo hemos analizado el impacto que tienen las dos leyes sobre el procedimiento administrativo cuando el interesado al procedimiento son extranjeros. Hemos puesto en evidencia cómo la legislación sobre el procedimiento administrativo en ambos los países no está preparada todavía para enfrentarse con una sociedad multicultural. Esta desprevenición ha sido puesta en evidencia por el fenómeno inmigratorio ocurrido en los últimos años ya que cada vez más extranjeros se relacionan con nuestras Administraciones.

También sobre estas últimas consideraciones la autora ha llegado a la conclusión de que es muy oportuno hoy en día promover los procesos de movilidad de los funcionarios públicos entre Estados europeos para importar en el seno a los mismos las mejores prácticas administrativas. Esta propuesta, si por un lado permite disminuir el contencioso delante del juez (con evidente ahorro de tiempo y, por tanto, de dinero), por otro lado supone dar mejor cumplimiento a los principios democráticos contenidos sea en las Constituciones sea en el derecho comunitario vigente.

En este contexto tal vez un empuje a la movilidad de los funcionarios podría llegar de la aprobación de una ley europea sobre el procedimiento administrativo.

CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: LA LEY DE BASES DE 1889.

Antes de examinar el tema del responsable del procedimiento administrativo en la Ley italiana núm. 241 de 1990 para intentar de comparar esta figura y sus funciones con figuras y funciones similares en la Ley española núm. 30 de 1992, conviene brevemente detenernos en la evolución histórica de la regulación del procedimiento administrativo en España, que a diferencia de Italia, cuenta con una tradición secular.

En dicho examen histórico me fijaré más en todos aquellos elementos que desde la perspectiva de la Ley italiana deben ser contemplados como una única figura: el responsable del procedimiento administrativo, cuya designación compete al Jefe de la unidad administrativa. Se trata – como he dicho - de una persona única que aparece a lo largo de todo el *iter* procedimental y que debe cumplir las tareas que la Ley italiana 241/1990 prevé desde la instrucción hasta la notificación de la decisión final. Se trata de una garantía más para el ciudadano, el cual se encuentra con una sola figura durante toda la tramitación procedimental, con el cual debe relacionarse para cualquier cosa que necesite, además de para todo aquello que establece la Ley.

Siendo la autora de este trabajo una practicante del Derecho por ser funcionaria pública, y por eso esta obligada en marco de la ley a seguir un camino dictado por la misma cuando actúa como Administración Pública, mi atención se ha concentrado más en el derecho positivo y su desarrollo sobre el procedimiento administrativo que en cómo la doctrina elabora una categoría jurídica. Aunque como veremos en algunos casos no he podido prescindir del estudio de la misma.

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN.

En el marco del Derecho Comparado, España, sin duda, puede ser considerada como uno de los países pioneros en materia de normativa general sobre el procedimiento administrativo. Y ello a pesar de que el primer texto legislativo fuera de España ha sido el austriaco de 1925.

Me atrevería a decir que las primeras diferencias entre el procedimiento administrativo y el proceso administrativo han sido puestas de manifiesto más por el legislador que por la doctrina. Como señaló BASSOLS COMA, este avance en el campo legislativo quedó desasistido “del apoyo doctrinal y jurisprudencial”. La doctrina científica de la época (...) no profundizó ni exploró las posibilidades de estos filones autóctonos. Obsesionada la doctrina por los debates en torno al contencioso-administrativo, se centró exclusivamente en la vías administrativas previas para acceder a los tribunales, contenciosos u ordinarios; (...). Bien es cierto que la doctrina administrativista careció del auxilio de la ciencia procesalista – que sólo se desarrolla a partir de los años treinta del presente siglo -, que le hubiera permitido profundizar, pero lo cierto es que la única conquista más allá de la pura exégesis fue, progresivamente, consolidar el cambio de denominación del «procedimiento gubernativo» por el de procedimiento administrativo”¹. Por otra parte “La jurisprudencia contencioso-administrativa, aunque intuyera por influjo de la doctrina francesa los vicios de orden público procesal o procedimental, al permanecer petrificada en los presupuestos legislativos iniciales – lesión de un derecho administrativo y ausencia de control de la potestad discrecional -, no pudo abrirse a una valoración más atenta de los vicios de procedimientos en los

¹ M. BASSOLS COMA, *La significación de la legislación de procedimiento administrativo en el derecho administrativo español. Especial consideración de la Ley de procedimiento administrativo de 1958*, en *Administraciones públicas y ciudadanos*, coordinado por B. Pendas García, Barcelona, 1993, pág. 59.

actos administrativos, lo cual, obviamente, hubiera permitido elaborar una auténtica doctrina jurisprudencial evolutiva sobre el procedimiento.”²

Por eso, como veremos más adelante, a partir del Real Decreto de 1872, el derecho positivo al intentar reglamentar el procedimiento administrativo, lo ha despojado de toda una serie de ritualidades que son propias del proceso. Esto ha sido posible por las distintas tareas que corresponden al legislador y al jurista. Mientras el primero es depositario de múltiples fragmentos de instituciones y técnicas, al segundo le corresponde clasificar y depurar para crear una categoría jurídica.

Las primeras manifestaciones de la preocupación por articular una disciplina del procedimiento administrativo en España deben situarse en el periodo inaugurado por la Revolución de 1868, cuyos principios informadores fueron plasmados en la Constitución del 1869: proclamación de la descentralización administrativa, publicidad y acceso de los ciudadanos al conocimiento de la marcha de sus asuntos o expedientes administrativos, en el reconocimiento de una responsabilidad de las autoridades y funcionarios en esta tramitación, y en la necesidad de asimilar o adoptar, en la medida de lo posible, las formalidades del procedimiento judicial en el despacho de los asuntos de la Administración. La primera manifestación de esta reforma administrativa se concreta en el Decreto de 30 noviembre de noviembre de 1870, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio de Gobernación. En el preambulo de dicho Decreto se destaca la exigencia de simplificar los tramites y de que se realicen de la forma mas rapida posible sin verse afectados por dilaciones indebidas:

“La manera de instruir y resolver los expedientes en las oficinas generales del Estado ha sido objeto de continuas reclamaciones y de severas censuras, dirigidas ya contra la reserva en que se guardan los procedimientos administrativos, ya contra las dilaciones causadas por largos tramites y pesados rodeos. Tiempo es de reconocerlo: la buena gestión de los negocios públicos no exige recato tan extraordinario ni tan prolijas formalidades. Lejos de eso, la publicidad de las operaciones y la prontitud de los acuerdos son condiciones igualmente beneficiosas para los

² *Ibid*, pág. 60.

particulares, cuyos intereses se hallan así mejor garantizados, y para el Gobierno, cuya moralidad no queda a merced de infundadas sospechas o de malévolas suposiciones.”

Como podemos notar el procedimiento administrativo además de ser relevante para el cuidado de los intereses públicos, comienza también a concebirse como una garantía para los administrados. Como señala BASSOLS COMA, la primera regulación general del procedimiento administrativo – aunque muy primitiva - en el ordenamiento jurídico español se contiene en el Real Decreto de 14 de septiembre de 1872 con el que se intentó poner fin a los dos principios que hasta aquel momento impregnaban el ejercicio de las funciones de la actividad pública: la no sujeción de la Administración a ninguna regla en su procedimiento y el secreto en la tramitación de los expedientes “que hacía odioso el nombre de la Administración Pública, y se abría la puerta a grandes e inevitables abusos que desnaturalizaban y corrompían”. Para combatir este estado de cosas el Real Decreto obligó a todos los ministerios a dictar en el plazo de dos meses reglamentos para sus servicios donde se fijasen los plazos máximos para resolver, el derecho a exigir la exhibición de los expedientes, la forma de su instrucción, las responsabilidades de los funcionarios cuando por su morosidad interrumpiesen o detuviesen el curso de un expediente. Desde un punto de vista eminentemente positivo, el preámbulo de este Real Decreto no nos advierte que aquí no se trata de asimilar la regulación de la actividad administrativa a la actividad judicial, o sea de modo un minucioso, dado que la Administración para el ejercicio de sus funciones tiene que contar con un margen de discrecionalidad: “el carácter de la Administración Pública, basado principalmente en la equidad, no se acomoda a esa ritualidad solemne de los Tribunales (...); pero si es conveniente y aun indispensable no destruir totalmente el poder discrecional de las Autoridades Administrativas, cabe exigir que su ejercicio no degenera en arbitrario y caprichoso, y vaya siempre fundado en razones y motivos que alejen toda sospecha de favoritismo o parcialidad.” Circunstancias históricas sucesivas interrumpieron estos retos donde se había alumbrado el procedimiento administrativo aunque esto

no conllevo el olvido o la desaparición de la problemática del procedimiento administrativo épocas sucesivas.³

³ *Ibid.*, págs. 36-48.

2. EL ENFOQUE DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA SOBRE EL ESTUDIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA LEY DE BASES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE 19 DE OCTUBRE DE 1889.

2.1 El enfoque de la doctrina española sobre el estudio del procedimiento administrativo: desde el acto hasta el “justo procedimiento”.

Desde el punto de vista doctrinal, conviene subrayar que la atención del estudio sobre el procedimiento administrativo por parte de los administrativistas españoles refleja la postura adaptada también de los colegas italianos, o sea se ha centrado en el estudio del acto administrativo antes y después del proceso, sobretudo judicial, dentro del cual ha sido técnicamente elaborado el procedimiento administrativo⁴, sin que el procedimiento hubo tenido relevancia propia como concepto o unidad jurídica⁵ hasta los años setenta.

Este acercamiento en el estudio del procedimiento administrativo se ha indicado por la doctrina española como la procesalización de la vía administrativa en analogía a la técnica procesal de los juicios declarativos ordinarios⁶. Desde un punto de vista de derecho positivo de esta procesalización «había indicios en nuestra antigua Ley de bases de Procedimiento Administrativo, de 19 de octubre de 1889 (...) y lucía claramente en la Ley de 17 de julio de 1958, hasta el punto que en algún caso había incorporado en su articulado descripciones que pareciera que están tomadas de un determinado tratado de derecho procesal (cfr., por ejemplo, el art. 81), y, desde luego, se ha

⁴ Vid., S. ROYO VILLANOVA, El procedimiento administrativo como garantía, en *Revista de estudios políticos*, núm. 48, 1949, págs. 55-56.

⁵ Vid., J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y el ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, 2001, pág. 41 y ss. Este Autor subraya como solo después la Constitución de 1978 la doctrina española abandona «la consideración estática del procedimiento simplemente como una sucesión de actos administrativos de trámite» para centrarse en «el paradigma alternativo» que «se basaría en la consideración del procedimiento como modo de desarrollo de la función administrativa de servicio a los intereses generales (art. 103.1 CE). Se trataría de adoptar una perspectiva dinámica superando viejos planteamientos, en la línea de lo ya realizado por la doctrina italiana, donde es de especial interés la conocida construcción de Benvenuti, en la que el procedimiento es la manifestación sensible de la función administrativa, que ayuda a asegurar el acierto resultado, garantizando también los derechos e intereses de los ciudadanos “i limiti della tutela giurisdizionale che è necessariamente *ex post* e interviene quando un atto ha autoritariamente, e il più delle volte, immutabilmente fissata una relazione di fatto con una disposizione alla quale l'interessato ha soggiaciuto, non collaborato”» (pág. 109 y ss.).

⁶ Así F. GONZÁLEZ NAVARRO, Comentario al artículo 1 de la Ley 30/1992 en J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)* vol. I, IV edición, 2007, pág. 37.

mantenido en la LRJPAC (véase por ejemplo, el artículo 78, reproducción casi literal del citado de la LPA.»⁷.

Así el primer punto en el que hay que fijarse en el estudio del procedimiento administrativo es el interés de la doctrina por el acto administrativo como resultado final del procedimiento administrativo.

El motivo de dicha atención de la doctrina por el acto administrativo reside por un lado, en la circunstancia de que los administrativistas de la época tenían una formación privatista la cual, como ha sido puesto de relieve por NIETO⁸, ha sido la consecuencia de la traspolación del derecho privado al derecho administrativo, y en virtud del cual se concibe que toda la actividad administrativa consiste en actos y acabara con ellos, como bien ha sido destacado por VILLAR Y ROMERO: «Si, según la noción mas generalmente admitida, la característica esencial de la Administración consiste en la actividad, lógico es que esta actividad se concrete mediante actos.»⁹. Consecuentemente, también la noción de acto administrativo ha sido elaborada por los tratadistas de derecho administrativo partiendo de la teoría general sobre los actos y negocios jurídicos elaborados por los civilistas¹⁰. Por otro lado, como ha sido puesto de relieve por CASSESE «l'attenzione esclusiva o prevalente per quello che può dirsi il profilo giurisdizionale della pubblica amministrazione e, cioè, per gli aspetti di essa che rilevano nell'esame compiuto dai giudici. E, poichè oggetto dell'impugnazione è l'atto finale o provvedimento, ecco che solo questo veniva in rilievo.»¹¹.

⁷ *Ibid.*, págs. 37-38.

⁸ *Vid.*, A. NIETO, *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*, Madrid, 1996, págs. 8 y ss.

⁹ J.M^a. VILLAR Y ROMERO, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1948, pág. 41; También N. AMORÓS RICA, El procedimiento administrativo español, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 185, 1949, pág. 720: «(...) acto administrativo, meta de todo procedimiento de la Administración (...)»; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, pág. 223: «l'influenza dell'approccio privatistico» tuvo como consecuencia que «i modi di formazione della volontà sono irrilevanti o scarsamente rilevanti (...) ciò che importa è l'atto».

¹⁰ *Vid.*, J.M^a. VILLAR Y ROMERO, *ob. cit.*, pág. 39; J. GASCÓN Y MARÍN PÉREZ, *Tratado de derecho administrativo: principios y legislación española*. Tomo 1, Doctrina general, Madrid, 1933, que define el acto administrativo como «la manifestación de voluntad de una autoridad administrativa, realizada frente al súbdito, determinadora de una situación jurídica individualizada»;

¹¹ S.CASSESE, *ob. cit.*, pág. 4. El procedimiento administrativo, o mejor dicho el acto administrativo generado por el procedimiento, estaba contemplado por la doctrina tradicional como un presupuesto del proceso contencioso-administrativo, y no como simple acto administrativo que sea conforme al derecho y solamente en la eventualidad que no estuviera arreglado al mismo pudiera convertirse el presupuesto para recurrir frente al poder judicial.

El segundo punto que merece fijar al abordar el estudio del procedimiento administrativo es que durante mucho tiempo la doctrina lo ha forjado a la luz del concepto de proceso. PONCE SOLÉ¹², ha observado que la doctrina, influenciada por la obra del jurista Adolf Merkl - *El Tratado General de Derecho Administrativo* traducida al castellano «en la que se dedica el capítulo 15 al procedimiento administrativo (...) encajándolo en una teoría general de procedimientos relativos a funciones estatales.» - mostró el peso específico del procedimiento administrativo concebido como el camino jurídico establecido por el derecho y encaminado para llegar a una meta constituida por el acto administrativo el cual pone de manifiesto una norma jurídica que crea, modifica o extingue una situación jurídica.

Esta perspectiva cuenta con una base dogmática que arranca del importante trabajo de Merkl para el cual el proceso, como actuar interno del Poder público, puede darse en todas las funciones estatales: proceso legislativo que se concreta en una sucesión de actos encaminados para la elaboración de la Ley; proceso judicial que se concreta en una sucesión de actos que tienden a la actuación de una ley, y, el proceso administrativo que se concreta también en una sucesión de actos encaminados para la actuación de una función. Entonces el procedimiento administrativo es un caso particular del proceso jurídico general. Merkl se queda aquí.

La doctrina influenciada por la obra de Merkl se adelanta y considera el proceso el cauce a través del cual el derecho establece un camino jurídico que conduce a la creación de actos que supongan la aplicación de normas jurídicas a casos concretos. En esta tarea, la doctrina observa analogías entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial y acaba identificando al primero con el segundo: el proceso judicial se da sea para reintegrar el Derecho lesionado (proceso penal, proceso sancionador-administrativo); sea para reconocer, declarar, modificar o negar derechos cuestionados (proceso civil, proceso contencioso-administrativo). En esta segunda función se puede también incluir perfectamente el procedimiento administrativo. Se trata de un camino jurídico ordenado a una meta (el acto administrativo) como bien expresa VILLAR Y ROMERO el

¹² Vid., J. PONCE SOLÉ, *ob. cit.*, págs. 61 y ss.

cual, al tratar el procedimiento administrativo, indica que «La finalidad del proceso administrativo (...) es obtener una decisión concreta de la Administración que individualice una norma jurídica o declare, reconozca o proteja un derecho (o al menos un interés jurídicamente protegible) cuya afirmación se pide bien por persona interesada, bien por la propia Administración (...). No constituye la finalidad del proceso administrativo la obtención de actos procesales aislados de un órgano administrativo, sino la decisión final de este. Los diversos actos procesales¹³ (...) solo constituyen la finalidad del procedimiento administrativo en cuanto en su conjunto, permiten llegar a esta decisión de la Administración individualizadora de una norma jurídica o que declare, reconozca o proteja un derecho o un interés jurídicamente digno de tutela.»¹⁴.

Esta claro que concebido así el procedimiento administrativo, quedaban fuera del mismo todas aquellas resoluciones en la cuales la Administración gozaba de discrecionalidad administrativa en orden al contenido (aunque no al camino que había de seguirse para llegar a dictarlo)¹⁵. Por lo tanto partiendo de las premisas de Merkl - la de comunión del proceso con todas las funciones públicas -, desde un punto de vista de la técnica, la doctrina de la época acabó por asimilar el proceso administrativo al proceso judicial finalizando con el canalizar el actuar administrativo dentro de un camino con características análogas al proceso judicial. De todas formas, como tuvo que indicar ROYO VILLANOVA, «No obstante esa tendencia a dar *forma judicial* a la actividad administrativa, hoy día se procura alejar en lo posible la administración de la jurisdicción, lo que se consigue mediante un procedimiento adaptado a las necesidades de la Administración. Esta última tendencia obedece a una comprensión más exacta de la distinta naturaleza de la Administración y de la Justicia; de la posición y caracteres del Derecho administrativo dentro del ordenamiento jurídico. El Derecho administrativo es la parte más importante del Derecho público, y como tal se inspira, en primer término, en los intereses de la comunidad y, en segundo lugar, en los de los particulares.»¹⁶.

¹³ El proceso se constituye de una serie de actos conectados entre ellos hasta llegar a la resolución final.

¹⁴ J.M^a. VILLAR Y ROMERO, *ob. cit.*, págs. p. 15-16.

¹⁵ *Ibid.*, págs. 13-16.

¹⁶ S. ROYO VILLANOVA, *ob. cit.*, pág. 64. *Vid.* también págs.. 59-60 y 63-64. En el mismo sentido A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1959, págs.. 14-15, el cual pone de relieve que el hecho de que el proceso sea una

Un empuje al alejamiento del procedimiento administrativo del proceso judicial ha sido la obra del jurista español BALLBÉ PRUNÉ¹⁷. Este autor plantea la discusión sobre la diferencia entre proceso y procedimiento no desde el punto de vista de la dirección, como al contrario había postulado la doctrina tradicional hasta el momento, sino desde el punto de vista de su esencia porque “no puede olvidarse que la dirección o tendencias de un ser está condicionada por su peculiar esencia. (...) Si bien es cierto que, en cuanto institución jurídica lo mismo que cualquier proceso en general está integrado por una serie o sucesión de actos que se desenvuelven en el tiempo.», pero continua el Autor «lo que diferenciará a esos actos de los de otros procesos distintos del jurídico será, decisivamente su estructura.» - quiere decir sus elementos que lo compongan¹⁸ - «No su dirección, (...). El conocimiento de aquella estructura es menester tanto para predicar, con fundamento, que una dirección es especial a un conjunto de actos coordinados sucesivamente, como para fijar el modo de la dirección misma.»¹⁹.

A pesar de esta analogía puesta de manifiesto por la doctrina entre proceso judicial y procedimiento administrativo, la misma no ha dejado de destacar las diferencias que se dan entre ellos²⁰, y que podemos resumir del siguiente modo:

técnica comun a todas la funciones publicas debería ayudar a la doctrina a profundizar en determinados principios en lugar de restringirlos al proceso judicial.

¹⁷ M. BALLBÉ PRUNÉ, *La esencia del proceso: el proceso y la función administrativa*, Madrid, 1947.

¹⁸ Por ejemplo en orden a la estructura González Navarro, en referencia a lo afirmado por Ballbé Pruné (y la cuya nota nos indica: M. Balbé Pruné, *La esencia del proceso*, pág. 30 por nota), observa que «Hay procesos de aspecto lineal y procedimientos de fisionomía triangular. (...) Pues bien, el proceso penal adopta, según los casos, una fisionomía lineal o una fisionomía triangular. Cuando se ajusta al principio de oficialidad será una persona, el reo, la que será parte en el proceso y este ofrecerá entonces una fisionomía lineal; si, por el contrario, se ajusta al principio acusatorio, aparecerán dos partes en el proceso: el inculcado, por un lado, y la parte acusadora por otra, en cuyo caso el proceso penal adopta un aspecto triangular.

En segundo lugar: una observación atenta de nuestro derecho positivo nos revela supuestos de actuación en la llamada vía administrativa, en ejercicio, por tanto, de la función administrativa, en que la Administración aparece decidiendo entre dos sujetos que ante ella actúan, adoptando, por tanto, una actitud de imparcialidad, y ofreciendo dicha actuación la fisionomía triangular que se dice que es típica del proceso.» (F. GONZÁLEZ NAVARRO, Comentario al artículo 1 de la Ley 30/1992, *ob. cit.*, pág. 56. Para la división de los procedimientos triangulares y lineales en la LRJPAC, véase también pág. 79 y ss.)

¹⁹ M. BALLBÉ PRUNÉ, *ob. cit.*, págs.. 24-25.

²⁰ *Vid.* S. ROYO VILLANOVA, *ob. cit.*, pág. 58. Para un estudio histórico más profundo sobre la diferenciación entre procedimiento administrativo y proceso judicial, *vid.* además F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. II “Atti del processo”, Padova 1938 y III “Procedimento di cognizione”, Padova, 1939; N. ALCALÁ ZAMORA, *Proceso, procedimiento, enjuiciamiento*, en Estudios de derecho procesal, 1934, págs. 461 y ss., N. AMORÓS RICA, *El procedimiento administrativo español*, *ob. cit.*, págs. 710 y ss.. Sobre la polémica en torno a la conveniencia o no de asimilar el procedimiento administrativo al proceso judicial, puede verse: J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal*

- a) mientras que el acto administrativo procesal (sentencia) actúa directamente la aplicación de la ley y por lo tanto el Derecho es un fin; por el contrario el acto administrativo de la Administración es instrumental para la consecución de fines prácticos o sea para la prestación de servicios públicos, con lo que el Derecho se configura como un límite del actuar de la Administración²¹;
- b) el diferente papel que juegan el Juez y a la Administración dentro de los dos procedimientos: mientras que el primero está por encima de las partes (es tercero neutral); en cambio la Administración es al mismo tiempo juez y parte;
- c) desde un punto de vista formal, mientras que la sentencia tiene la fuerza de cosa juzgada entre las partes; por el contrario la resolución dictada por la Administración carece de dicha fuerza;
- d) en fin, sobre la distinción entre procedimiento administrativo y proceso contencioso-administrativo, cabe destacar la opinión de GONZÁLEZ PÉREZ que afirma como el procedimiento administrativo es diferente del segundo dado que el primero constituye el presupuesto para recurrir antes el segundo: «La existencia de un acto administrativo, de una decisión de la Administración, como requisito para poder deducir una pretensión procesal frente a la Administración, permite configurar el procedimiento administrativo como un presupuesto procesal , desde el momento que el que ha de demandar a la Administración ante el tribunal ha de acudir ante a la propia Administración a fin de que se pronuncie sobre su pretensión a través del correspondiente acto, que dejará abierta la posibilidad de impugnación procesal. La persona que deduzca una pretensión frente a la Administración no puede optar entre la vía administrativa y la procesal. (...) Tiene que agotar directamente la

administrativo, Madrid, 1957 y F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen I, Parte General, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, págs. 44 y ss.

²¹ De todas formas si tomamos en consideración la opinión de Forti - el cual sostuvo que la finalidad del Juez es la aplicación de la ley para el restablecimiento del orden jurídico perturbado (*Vid.*, U. FORTI, *Diritto Amministrativo*, vol. I, Napoli, 1934, pág. 17) – vemos que también en el proceso judicial llegamos a la misma función indirecta del acto administrativo/sentencia, la cual es instrumental con respecto al restablecimiento del orden jurídico que también podemos considerarlo un servicio público.

vía administrativa. Sólo cuando en esta vía se ha dictado el acto (...) es admisible la iniciación de la vía procesal.»²².

Hasta ahora hemos puesto nuestra atención sobre el procedimiento desde un punto de vista dinámico: organización de actos en fases encaminadas hacia una meta.

A partir de la segunda mitad del siglo XX en España autores como ROYO VILLANOVA empiezan a considerar al procedimiento administrativo también desde el punto de vista de las garantías de los derechos de los administrados²³.

En este sentido encontramos también esta visión en una sentencia del Tribunal Supremo que afirma lo siguiente: «Las reglas de procedimiento, como orden público y garantías de los interesados, tiene que cumplirse en toda clase de expedientes.» (STS 18 de noviembre de 1918).

ROYO VILLANOVA apunta el descuido de los primeros juristas que se acercaron al estudio del procedimiento administrativo solo desde el aspecto dinámico del mismo sin tener en cuenta la función de garantía jurídica que el procedimiento también incluye para los administrados, y como ejemplo de esta desatención por parte de estos estudiosos cita la obra de Aldo M. Sandulli (*Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940) donde ROYO VILLANOVA indica como «el autor no estudia el procedimiento como garantía jurídica, sino como el desarrollo de la función administrativa, desde su aspecto dinámico. Examina sus diversos momentos o fases (preparatoria, constitutiva e integradora de la eficacia), las distintas situaciones jurídicas subjetivas que se producen en los diversos momentos del procedimiento, las repercusiones de la falta o vicio de los elementos que integran la serie procesal, la sanabilidad de los defectos derivados del desarrollo irregular del procedimiento, la revocabilidad de los mismos, y, finalmente, los efectos que produce la publicación de una ley nueva durante el desarrollo del procedimiento. Como se ve, la obra tiene

²² J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, págs.. 60-61.

²³ Vid, S. ROYO VILLANOVA, *ob. cit.*, págs. 75 y ss.;

mucho más interés para el estudio de la teoría de los actos administrativos que para la garantía jurídica de los administrados.»²⁴

Al abordar el examen del aspecto garantista del procedimiento administrativo podemos fijar por los menos los siguientes cuatro elementos esenciales del procedimiento, de los cuales solo los primeros tres son de interés para esta tesis:

1. la tramitación del procedimiento en sentido estricto. Este elemento consta de dos fases: la de iniciación (de oficio o a instancia de los interesados) e instrucción (que se compone de la práctica de la prueba, la audiencia de los interesados, el emplazamiento y citaciones, informes de otros organismos);
2. la resolución del expediente o fin del procedimiento (decisión de la Administración, caducidad o desistimiento);
3. la notificación de la resolución final a las partes;
4. Eventual recurso de las partes (o sea la demanda dirigida a la misma Administración para que reforme o anule la resolución final que según el interesado no está ajustada al derecho. Se trata de los recursos de alzada o de reposición, y como veremos al tratar de la ley de 1889 también del recurso de queja, aunque la doctrina se negó a reconocerle la naturaleza de recurso).

En esta segunda aproximación al procedimiento administrativo como garantía de los derechos de los interesados²⁵, la doctrina puso en relieve como, una de las más importantes garantías jurídicas derivada del procedimiento administrativo desde este punto de vista y del acierto de la resolución, es la intervención de las partes (audiencia de los interesados) en la fase de instrucción del expediente. Dichos sujetos pueden ser, sea los que directamente soliciten la iniciación del procedimiento administrativo para satisfacer una pretensión jurídico-administrativa, sea también los que pueden verse afectados por la resolución de dicho procedimiento. En efecto, si el objetivo

²⁴ S. ROYO VILLANOVA, *ob. cit.*, pág. 56, nota a pié de página núm. 2.

²⁵ Como veremos más adelante hay una tercera aproximación al sentido y finalidad del procedimiento administrativo que se ha iniciado bajo la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 y hace referencia al papel del procedimiento como uso acertado de la discrecionalidad.

de la resolución es la determinación de los hechos que deben ser fundamentar la propuesta de resolución, parece imprescindible que a dicha determinación contribuyen también las partes que no solo pueden contribuir en dar una visión del asunto lo más objetiva posible a la Administración a la hora de dictar el acto final, sino también que pueden verse afectados por la resolución final²⁶.

Otra garantía del procedimiento administrativo, y que está relacionada con la seguridad jurídica en que nadie se quede en la incertidumbre acerca de sus pretensiones, es la obligación de la Administración de concluir el procedimiento con un acto administrativo expreso. Garantía que viene preservada también a través de la técnica del silencio administrativo en los caso de inercia de la Administración Pública.

La otra garantía otorgada por el procedimiento es la motivación contenida en la decisión final.

La motivación es el vínculo que liga los hechos – *conditio sine qua non* para iniciar el procedimiento – con el derecho aplicable a los mismos²⁷ y que constituye la causa del actuar administrativo. En la motivación deben ser mencionados además de los hechos también todos los elementos de la instrucción y los resultados a los que ha llegado la Administración durante la valoración de dichos elementos y que tendrá que poner de manifiesto a la hora de dicta la decisión final²⁸.

²⁶ Véase al respecto estas SSTs: de 17 de enero 1903 «La audiencia del interesado, que se previene en la legislación en vigor sobre procedimiento, se funda en el principio de derecho de que nadie puede ser condenado sin ser oído»; de 7 de diciembre de 1920 «La audiencia de los interesados en las controversias forenses es la más elemental garantía de sus derechos, el mejor y más práctico modo de hacerlos efectivos, y está impuesta por las leyes de procedimiento administrativo.»; de 21 de abril de 1931 «El incumplimiento de trámite tan esencial implica un vicio de nulidad en el procedimiento que invalida la resolución adoptada en el expediente.».

²⁷ Después de una debida valoración a la luz de los principios generales y de buena fe, por parte de la Administración.

²⁸ Para la doctrina italiana sobre la motivación de los actos administrativos, *Veáse*: F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, en *Giurisprudenza Italiana*, III, 1908, pág. 253 y ss.; C.M. JACCARINO, *Studi sulla motivazione, con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933; G. MIELE, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, en *Foro Amministrativo*, 1942, pág. 9 y ss.; L. RAGGI, *Motivi e motivazione dell'atto amministrativo*, en *Giurisprudenza Italiana*, III, 1941, pág. 163 y ss.; G. ROHERSSEN, *Note sulla motivazione degli atti amministrativi*, en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1941, pág. 129 y ss.; C. MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, en *Giurisprudenza Italiana*, III, 1943, pág. 2 y ss. . Sobre la evolución doctrinal italiana en relación a la obligación de la motivación en los actos administrativos, véase también: M. RIVALTA, *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e al privato interesse*, Milano, 1960; L. VANDELLI, *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 1973, pág. 1595; M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977, pág., 257 y ss.; G. BERGONZINI, *La motivazione nel diritto amministrativo*, Vicenza, 1979; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo*, en *Digesto delle discipline*

En fin la notificación de la decisión final al interesado con las indicaciones de los recursos que puede oponer en el caso de que no la estime conforme a Derecho.

2.2 La promulgación de la Ley de Bases del procedimiento administrativo de 19 de octubre de 1889.

2.2.1 Breve introducción

Los motivos que impulsaron el legislador a dotarse de una Ley sobre el procedimiento administrativo pueden hallarse en las palabras de ROYO VILLANOVA: «el constante propósito de todos los tiempos (...) de hacer leyes de procedimientos en los que el ciudadano adquiriera confianza de que, cuando trate de hacer valer sus derechos, tiene una norma fija a que atenerse en sus reclamaciones, norma que no puede prescindir la autoridad ante la cual le demande.»²⁹.

En el periodo anterior a la Ley de 1889, en los procedimientos administrativos prevalecía el secreto y a complicar las cosas cada Departamento de la Administración Pública tenía reglas distintas para realizar aquellas actividades administrativas encaminadas a dictar un acto administrativo :

- todos los trámites eran secretos, incluidos los acuerdos, porque se consideraba inoportuna la intervención de los interesados. Los interesados no podían tener conocimiento de su asunto hasta la notificación de la resolución;
- Los expedientes pasaban por diferentes funcionarios administrativos sin una tramitación fija y especial, lo que engendraba una defectuosa instrucción. En fin podría pasar a veces que algunos asuntos - también aquellos más importantes - se despachaban por la nota de un auxiliar de categoría inferior a la del funcionario y que esto se convalidaba en el momento de dictar la resolución.

pubblicistiche, vol. XIII, Torino, 1997, pág. 683; R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1999.

²⁹ S. ROYO VILLANOVA, , *ob. cit.*, pág. 70.

- El procedimiento carecía de un plazo fijo dentro del cual debería acabarse, y esto provocaba inútiles demoras, con perjuicio de la seguridad jurídica³⁰.

Este estado de cosas, junto con las consecuencias provocadas por la practica administrativas de los Ministerios de no tener ninguna regla comun en los propios reglamentos sobre el procedimiento administrativo que engendraba una notable inseguridad jurídica de los administrados, no pasó desapercibida al diputado Guzmerindo Azcárate (que antes de ser parlamentario fue profesor de Derecho en la Universidad de Madrid), el cual presentó una propuesta parlamentaria para promulgar una Ley que dictase reglas comunes sobre como debía regirse cada reglamento de las Administraciones Publicas en relación al procedimiento administrativo. La proposición de Ley que se presentó en el Congreso de los Diputados en 1888 por don Guzmerindo de Azcárate sobre el procedimiento administrativo no quiso sintetizar en un único procedimiento el conjunto de reglas para todas las actividades de la Administración, dada su variedad. El texto se propuso fijar principios generales para que cada Departamento pudiera dictar reglamentos en materia de procedimiento administrativo que se ajustasen a estos principios.

La Ley de Bases de procedimiento administrativo de 19 de octubre de 1889 constituye la primera experiencia legislativa de carácter general para dignificar y perfeccionar el procedimiento administrativo.

El texto contaba con cinco artículos y el artículo 2 constaba con dieciséis bases.

Los principios eran los mismos que habían animado el Real Decreto de 1872.

La Ley sobre el procedimiento administrativo fue aprobada el 19 de octubre de 1889.

Pero como veremos más adelante la ley para que fuese efectiva exigía que cada Departamento dictase un reglamento que fuese respetuoso con los principios fijados en los artículos y bases de la Ley. Esta fragmentación de reglamentos determinó en la práctica distintos resultados jurídicos dando lugar a una disparidad de tratamiento de los administrados que constituyó uno de los motivos principales de ataque por la doctrina para reformar la Ley.

³⁰ Vid., N. AMOROS RICA, *ob. cit.*, pág. 701.

2.2.2. Ley de Bases del procedimiento administrativo de 19 de octubre de 1889.

La Ley de Bases del procedimiento administrativo fue promulgada el 19 de octubre de 1889³¹ y refleja las primordiales posturas y anhelos de la doctrina en orden al procedimiento administrativo.

La Ley se componía de solos cinco artículos dado que su pretensión era tan solo fijar los principios para la redacción de los reglamentos de procedimiento administrativo por parte de los distintos Departamentos de la Administración Pública³². El artículo 2 constaba de dieciséis bases (de aquí el nombre Ley de Bases del procedimiento administrativo).

Desde el punto de vista de la organización de las normas dentro de la Ley, podemos apreciar como el procedimiento administrativo estaba ajustado en su aspecto dinámico a lo judicial al fijar los tres momentos principales del procedimiento: el de iniciación (de instancia o de oficio); el de instrucción (las pruebas que, a diferencia del proceso judicial, no estaban tasadas) y el de resolución. De todas formas – y puede ser para salvaguardar la celeridad, el procedimiento carecía de muchas formalidades y ritualidades, que por el contrario acompañaban el proceso judicial. La Ley no precisaba los formularios de los escritos para iniciar el procedimiento; no se preveía la notificación a las partes del procedimiento de los actos de trámite; no se preveía la dirección técnica de un abogado ni la representación necesaria de un procurador; las resoluciones no necesitaban revestir la fórmula solemne de los autos o sentencias judiciales sino que era suficiente que citasen la demanda, los textos legales aplicables al caso y que decidían claramente la cuestión planteada³³. Esta carencia de formalidades pudiera ser que se adoptase para favorecer la celeridad del procedimiento, dado que uno de los puntos críticos de la legislación anterior fue justamente la existencia de demoras inútiles y a veces capciosas de los expedientes por parte de los funcionarios.

³¹ Publicada en la Gaceta de Madrid num. 298 de 25 de octubre de 1889, tomo IV, pag. 237.

³² Dado que, como subraya la Exposición de los Motivos de la Ley: “No es posible dada la índole de la Administración y lo complejo de sus funciones, formular en una Ley un solo procedimiento para el desempeño de todas sus dependencias; pero sí lo es fijar los principios dentro de los cuales deba cada Ministerio formar los reglamentos en que aquél se desenvuelva y desarrolle.”

³³ Vid., J.M^a. VILLAR Y ROMERO, *ob. cit.*, págs. 74-76.

En fin, el procedimiento administrativo era gratuito, salvo reintegro de los escritos y de los recibos que solicitase el interesado y el de las certificaciones. Los funcionarios que tramitaban el procedimiento no tenían derecho a ningún tipo de prestación por parte del interesado³⁴.

La importancia de esta Ley reside en el hecho de que por primera vez el legislador quiso dictar reglas básicas comunes a todas las Administraciones Públicas sobre el procedimiento administrativo. Una Ley cuyo contenido era un orden básico (común) predeterminado, con lo cual la Administración debería actuar de forma inmutable, o sea, con independencia de las múltiples personas que cada vez se hacían cargo del asunto. La Administración, como puso de relieve AMOROS RICA, «está dotada de multitud de funcionarios, empleados, agentes, coadyuvantes, etc., necesita que su obrar no se confunda con el peculiar de los mismos.»³⁵. Además el procedimiento debe ser lo mismo para todos los ciudadanos, dentro del cual deben realizarse las tareas encomendadas a la Administración.

A este cuadro de reglas debían someterse los distintos Departamentos de la Administración Pública a la hora de dictar sus propios reglamentos sobre el procedimiento administrativo:

“En el término de seis meses, á contar desde el día en que se promulgue esta ley en la Gaceta, cada Ministerio hará y publicará un reglamento de procedimiento administrativo para todas las dependencias centrales, provinciales y locales del mismo, ó uno por cada dependencia ó grupo de ellas, si por razón de la diversa índole de su función fuera más conveniente.” (Artículo 1 Ley de 1889).

Dicha Ley constituye una novedad absoluta no solamente en España, sino también en el derecho comparado europeo.

Sí hasta entonces las diversas Administraciones habían actuado de un modo desorganizado y anarquico, con la Ley de 1889 el legislador intenta poner de manifiesto lo que la doctrina había anticipado en sus estudios: o sea que el procedimiento administrativo es un actuar para un fin. Todos los actos de la Administración deben dirigirse a un fin y lo que permite lograr este fin es el

³⁴ *Ibid.*, pág. 79.

³⁵ N. AMOROS RICA, *ob. cit.*, pág. 707.

procedimiento, o sea la conexión lógica y ordenada de todos estos actos³⁶. «El acto aislado, individualizado, no tendría para nosotros importancia alguna, sería como el fotograma de una película que al ser proyectado independientemente no, adquiriría importancia, por sí mismo.»³⁷.

Para atajar los males producidos en la gestión del procedimiento administrativo de la época esta Ley presentó algunos remedios que, aunque lejos de convertirse en principios generales, de todas formas representaron novedades para el derecho administrativo europeo y abrieron el camino al desarrollo – no solo en España sino también en Europa – de una legislación moderna sobre el procedimiento administrativo y conforme a lo que requiere un Estado de Derecho.

Las novedades que introdujo la Ley para organizar en modo más orgánico y eficiente la tramitación y resolución de los expedientes por la Administración Pública acabaron también por abrir paso a la modernización del procedimiento administrativo. Dichas novedades podemos reasumirlas del siguiente modo:

a) La reglas comunes del procedimiento administrativo deben ser dictadas por una ley, y su desarrollo específico es materia de reglamento (Artículo 1);

b) si se establece un derecho subjetivo a obtener copia sellada de toda la documentación presentada donde está imprimida también se debe tener derecho a que conte la fecha en que se presenta. Así el artículo 2 base 1ª:

“De toda solicitud, exposición, instancia, comunicación ú oficio que se presente en una dependencia ó llegue á ella por el correo, se hará el correspondiente asiento en el Registro general, dentro de las veinticuatro horas. Cuando el documento sea presentado por un particular, podrá éste exigir recibo en que se exprese el asunto, número de entrada y fecha de su presentación.”;

c) para cada trámite del expediente se establecen plazos dentro de los cuales deberían finalizarse todas las clases de tareas en orden a la gestión del asunto³⁸. Mucha importancia en este sentido tiene el artículo 2 base 8ª que por un lado sanciona un término final para finalizar el procedimiento relativo a cada expediente:

³⁶ *Ibid.*, pág. 705.

³⁷ *Ibid.*, pág. 705.

³⁸ Véase artículo 2 bases. 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 11ª, 15ª, 16ª.

“En ningún caso podrá exceder de un año el tiempo transcurrido desde el día en que se incoe un expediente y aquél en que se termine en la vía administrativa”³⁹;

De otro lado por primera vez en la historia del derecho administrativo europeo, con especial atención al procedimiento administrativo, se preve la técnica del “silencio administrativo” (solo en sentido denegatorio)⁴⁰ cuando la falta de resolución depende de la negligencia del interesado:

“se dará por terminado aquél” – expediente – “y se mandará pasar al archivo correspondiente si durante seis meses estuviera paralizado por causa del interesado sin que éste inste cosa alguna.”;

d) los expediente debían ser gestionados por funcionarios. En verdad la Ley carece de una norma explícita en dicho sentido. Pero una lectura de las normas en su conjunto releva que ellas al referirse a las tareas fundamentales a cargo del empleado de la administración pública siempre hace referencia a un funcionario o al Jefe del Departamento (que también es un funcionario)⁴¹. En fin, en relación a dicha categoría de empleados, se determinan la responsabilidades en que podrían incurrir (la ley alude a la responsabilidad disciplinaria y eventualmente penal) en caso de infracciones a los reglamentos de procedimiento administrativo⁴².

³⁹ Aunque en la práctica, como ha observado VILLAR Y ROMERO «debido a la inercia de la Administración y a la corruptela de los funcionarios, este principio fue de difícil aplicación.» (J.Mª. VILLAR Y ROMERO, *Derecho procesal administrativo*, ob. cit., pág. 74).

⁴⁰ En general la preferencia de la doctrina científica y también del legislador, acerca del silencio administrativo (que no debemos olvidar ha surgido para dar garantías a los administrados sea en el sentido de tutelar el administrado contra la inercia de la Administración y en segundo lugar para salvaguardar la seguridad jurídica evitando dejar en la incertidumbre las pretensiones del particular) era de acordarlo en sentido denegatorio. Se argumentaba que el silencio administrativo denegatorio, al no producir ningún efecto sobre las situaciones jurídicas sustanciales, no dañaba a nadie, dado que el particular siempre podía proponer nuevamente el expediente ante la Administración, o como alternativa, recurrir contra el silencio de la Administración. Por el contrario el silencio positivo genera cambios en el mundo del Derecho al crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, en ventaja del particular. *Veáse* O. RANELLETTI, *Il silenzio nei negozi giuridici*, en *Rivista per le Scienze Giuridiche*, 1892; U. FORTI, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1933.

⁴¹ Hay que precisar que a partir del siglo XIX en España se empieza a tomar conciencia de la importancia de la formación universitaria de los empleados públicos para el cumplimiento de los servicios del Estado. Fue así como las Universidades intentan rectificar los planes académicos separando el Derecho forense del Derecho Administrativo. Intentos que no llegaron a cumplirse, al igual que los de crear Escuelas Especiales de Administración Públicas, de lo que fue propulsor el jurista Posada Herrera. De todas formas quedo claro que los lugares mejores para recibir formación en orden a la “cosa pública” eran las facultades de Derecho. Así se formo un aparato burocrático – los funcionarios – que el R.D. de 18.06.1852 (primer Estatuto de los funcionarios que constituyó durante más de medio siglo la norma básica de los funcionarios públicos) organizó en 5 categorías: Jefe Superiores, Jefes de Administración, Jefe de Negociado, oficiales y aspirantes a oficiales (*Id.*, A. NIETO, ob.cit., págs. 46-48, 66 y 311-312).

⁴² Artículo 2 base 16ª. “Las infracciones de los reglamentos de procedimiento administrativo se castigarán imponiendo a los funcionarios que las cometan la correspondiente corrección disciplinaria, y caso de reiterada reincidencia darán lugar a su separación del servicio, con expresión de la causa que la haya motivado”.

Artículo 2 base 17ª. “En igual responsabilidad incurrirá el funcionario que proponga ó acuerde un tramite á todas luces innecesario, que se encamine á ganar tiempo, eludiendo las prescripciones reglamentarias.”.

- e) A pesar de que sigue prevaleciendo el secreto de los expedientes y de las otras actuaciones (proveídos de trámites, pruebas e informes pedidos a otros centros u órgano consultivos) para el público y también para los propios interesados, pero el artículo 2 base 10ª en relación a los interesados introduce la audiencia. En España el principio de contradicción juega un papel fundamental hasta los inicios de la construcción del procedimiento administrativo. Prueba de ello es consagración en la base décima del artículo 2 del trámite de audiencia de los interesados. Una práctica que desde entonces ha gozado de una validez ininterrumpida que encontramos regulada en el actual artículo 84 de la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* de 1992. La Base décima del artículo 2 señala que el funcionario una vez: “instruidos y preparados los expedientes para su resolución, se comunicarán a los interesados para que dentro del plazo que se señale, y sin que pueda bajar éste de diez días ni exceder de treinta, aleguen y presenten los documentos o justificaciones que consideren conducentes a sus pretensiones.”;
- f) Si establece el derecho subjetivo del interesado – introducido por el artículo 2 base 11ª - a que “Las providencias que pongan término en cualquier instancia a un expediente” sean notificadas “al interesado dentro de un plazo máximo de quince días.”⁴³;
- g) En fin en las bases 12ª, 13ª, 14ª y 15ª del artículo 2 se impone a las Administraciones de determinar a través de sus reglamentos las diversas clases de recursos⁴⁴.

Artículo 2 base 18ª. “Siempre que resulte de un expediente que por algún funcionario se ha dictado o consultado a sabiendas o por negligencia o ignorancia inexcusable alguna providencia o resolución manifiestamente injusta, se pasará el tanto de culpa a los Tribunales de lo criminal para que procedan a lo que haya lugar, conforme al artículo 369 del Código penal.”.

⁴³ Dicha notificación debería contener “la providencia o acuerdo integros, la expresión de los recursos que en su caso procedan y del término para interponerlos, entendiéndose que esto no será obstáculo para que los interesados utilicen otro cualquiera recursos si lo estiman más procedente, la fecha en que se hace la notificación, la firma del funcionario que la verifique y la del interesado o representante de la Corporación con quien se entienda dicha notificación.” (Artículo 2 base 11ª párrafo segundo)

⁴⁴ Artículo 2 base 12ª “Se determinarán los casos en que la resolución administrativa cause estado, y los en que haya lugar al recurso de alzada.”. En orden a esta disposición AMORÓS RICA se planteó el problema de cuando las declaraciones ejecutivas causan estado o no. Y este estudioso responde que «Su solución depende de que el que haga la declaración obre con facultades propias o delegadas. En el primer caso, la declaración ejecutiva es firme y exenta de reforma o revisión. En el caso segundo, casi podría hablarse únicamente de declaración; pues la ejecutoriedad se la dan las sucesivas decisiones de los superiores jerárquicos que delegaron en el inferior sus atribuciones.» (N. AMORÓS RICA, *ob. cit.*, pág. 720). En fin me parece importante precisar que aunque la Ley de 1889 no haga mención, también en el ordenamiento español había surgido el recurso de reposición y el de revisión.

AMORÓS RICA subrayó como dicha Ley establecía “en su bases garantías tan seguras para el público que indudablemente, en ningún país las tendrán mayores ni aun iguales los ciudadanos en su relación con la Administración del Estado.”⁴⁵.

A pesar de todas estas novedades (que ciertamente ha colocado esta Ley en la vanguardia del panorama occidental, siendo esta la primera regulación procedimental aunque embrionaria, del procedimiento administrativo – como nos indicó la práctica y como también destacó la doctrina⁴⁶) la puesta en marcha de los Reglamentos por parte de cada Ministerio y Administración Local dio lugar a procedimientos particulares compuestos de un conjunto heterogéneo de normas a veces tan diversas y variadas entre ellas con el resultado de que casos análogos se trataban de manera distinta; y que acabaron desorientando al ciudadano.

Al final los reglamentos emanados por los distintos departamentos de la Administración terminaron en pugna con la idea inicial que había presidido la promulgación de dicha Ley⁴⁷.

Merece la pena mencionar como, frente a este panorama anquilosado que ofrecían los reglamentos dictados por los Departamentos de la Administración Pública estatal, un cambio significativo va a producirse con ocasión de la promulgación de los Estatutos Municipal (1924) y Provincial (1925). Como destaca BASSOLS COMA “La novedad más relevante fue la admisión, por primera vez, y con carácter generalizado, de la institución del silencio administrativo negativo (artículo 268: «Se considerarán desestimadas por las Autoridades y Organismos municipales respectivos, las

base 13ª “Se determinarán igualmente los recursos extraordinarios que procedan por razón de incompetencia ó de nulidad de lo actuado.”;

base 14ª “El recurso de queja podrán utilizarle los interesados en cualquiera estado de expediente, si no se diera curso á sus reclamaciones ó se tramitasen con infracción de los reglamentos.”;

base 15ª “Dentro de los quince días siguientes á haberse recibido el expediente ó los antecedentes necesarios en la oficina á que le corresponda conocer los recursos indicados en las anteriores bases, se hará el correspondiente extracto.

Para lo demás regirán los plazos establecidos en las bases 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 6ª de esta ley.”.

⁴⁵ N. AMORÓS RICA, *ob. cit.*, pág. 703.

⁴⁶ *Vid.*, J.Mª. VILLAR Y ROMERO, *ob. cit.*, pág. 76; N. AMORÓS RICA, *ob. cit.*, pág. 733; J. GASCÓN Y MARÍN PÉREZ, Necesidad de un Código de procedimiento administrativo, en *Revista de estudios políticos*, núm. 48, 1949, págs. 11-40.

⁴⁷ Un ejemplo de esta anarquía se puede ver en el tema de los recursos que los diversos reglamentos sobre el procedimiento dieron lugar: alzada, reposición, apelación, queja, ordinario de nulidad, nulidad de actuaciones, revisión, incompetencia, extraordinario de queja, extraordinario de nulidad, y extraordinario de revisión (*Vid.* S. ROYO VILLANOVA *ob. cit.*, pág. 109).

peticiones y reclamaciones de particulares o entidades sobre las cuales no se dicte providencia o acuerdo de fondo dentro del plazo de cuatro meses siguientes a su presentación, salvo cuando las leyes establezcan plazos mayores o menores»⁴⁸.

Sucesivamente la Ley Municipal de 1935, muy probablemente bajo la influencia del derecho italiano, incorporó el requisito de la denuncia de mora antes de aludir el silencio administrativo negativo⁴⁹:

“toda persona natural o jurídica podrá dirigir a las Corporaciones y Autoridades municipales las peticiones que le interesen, siempre que incidan en la competencia municipal. Cuando se formule una petición y no se publique o notifique la resolución se entenderá denegada, si, denunciada la mora, dentro del año, transcurre un mes sin resolverse.”

Así que un avance en el procedimiento administrativo se produjo con la Ley Municipal y Provincial mientras que en el nivel estatal los reglamentos seguían desconociendo el instituto del silencio administrativo negativo hasta la ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

GASCON Y MARÍN PÉREZ en su trabajo de 1949 destaca la “Necesidad de un Código de procedimiento administrativo”, después de la Ley de 1889 los Ministerios y Entidades Locales tardaron cuarenta y cinco años en adoptar los reglamentos exigidos por la citada Ley. Y, además en algunos casos, como el de la Hacienda y Contribuciones, las normas sobre el procedimiento en lugar de estar contenidas en un reglamento, estaban incluidas en Leyes y Ordenanza especiales⁵⁰. Las normas de desarrollo de la Ley de 1889 insertadas en dichos Reglamentos eran muy variadas con lo que no se podía hablar ni de «unidad orgánica ni de contenido»⁵¹.

Junto a esto, aun siendo el objetivo de dicha Ley dictar pocas reglas comunes que deberían ser sucesivamente determinadas por los reglamentos, carecía de organicidad y también de ritualidades, que en la práctica generaron vacíos de disciplina que fueron colmados sea con recursos a los textos

⁴⁸ Artículo citado en M. BASSOLS COMA, pág. 57.

⁴⁹ Norma citada en S. ROYO VILLANOVA, *Problemas del régimen jurídico municipal*, Madrid, 1944, pág 78, cita 22.

⁵⁰ Norma citada en J. GASCON Y MARIN PÉREZ, *Necesidad de un Código de procedimiento administrativo*, ob. cit., págs. 14-17. El primer Reglamento fue publicado por el Ministerio del Estado (Asuntos Exteriores) el día 17 de octubre de 1790 y el último el día 29 de julio de 1924 con el Real Decreto que contenía el Reglamento de procedimiento en las reclamaciones Económicas-administrativas (después rectificado el 10 de agosto y 7 de octubre de dicho año). En el ámbito de las Entidades Locales, fue promulgada la Ley de 1935 para la aplicación de lo preceptuado en el Estatuto Municipal de 1924 y en el Estatuto provincial de 1925.

⁵¹ J. GASCON Y MARIN PÉREZ, *Necesidad de un Código de procedimiento administrativo*, ob. cit., pág. 18.

legales de la jurisdicción procesal, sea por el buen sentido de los funcionarios encargados de la tramitación y resolución de las demandas⁵².

Esta diversidad de disciplinas provocadas por los reglamentos de los Ministerios junto con el vacío legal de la Ley de Bases, dio lugar también a una jurisprudencia muy casuística que impidió que se formase un núcleo de doctrina jurisprudencial sentada sobre la aplicación constante de un único cuerpo normativo útil para generar principios generales sobre el procedimiento administrativo⁵³.

De ahí el llamamiento de la doctrina al legislador para la promulgación de un *corpus* de normas organizadas de forma sistemática sobre el procedimiento administrativo: «Parece evidente (...) la promulgación de un Código único de procedimiento administrativo. La diversidad de materias sobre las que versan las reclamaciones o peticiones formuladas por los particulares no debe llevar a la diversidad de plazos, de denominaciones y naturaleza de recursos que se advierten en los Reglamentos en vigor. Partiendo de una nueva Ley de Bases, y realizando, no una mera recopilación o refundición de los diversos Reglamentos, sino una verdadera obra de codificación sistemática y revisora del variado Derecho existente, debe ser publicado un Código de procedimiento administrativo para la Administración central, partiendo de la necesaria separación entre las disposiciones orgánicas de estructuración burocrática de cada Departamento ministerial y las verdaderas de procedimiento administrativo. Derecho procesal administrativo que debe ser uniforme. Cabe, sí, establecer inicialmente una delimitación de los diversos órganos administrativos que existen por igual en los diversos Departamentos ministeriales, dejando la organización interna de cada uno de los servicios a normas singulares de los mismos; debe aparecer determinada

⁵² Vid., J.M^a. VILLAR Y ROMERO, *ob. cit.*, pág. 76. Un ejemplo de dicha confusión es el remedio que podría reconocerse al interesado en el caso de demora del expediente transcurrido un año desde su presentación: la Ley de 1889 prescribió en el artículo 2 que el procedimiento tenía que acabarse en el plazo de un año, pero nada decía en el caso que dicho plazo no fuera cumplido por la Administración. Por lo tanto en algunos Departamentos se aceptaba el recurso de queja por parte del interesado para sancionar al funcionario que inútilmente había demorado el asunto; en otros Departamentos se denegaba dicho recurso a través de una interpretación literal estricta de la norma, que nada establecía sobre este asunto.

⁵³ Vid.; F. LOPEZ MENUDO, *Los principios Derecho procesal administrativo generales del procedimiento*, en *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, coord. por A. Pérez Morano, 1993, págs. 42-43; J. PONCE SOLÉ, *ob. cit.*, pág. 58.

concretamente la competencia de cada uno de los órganos de intervención en el proceso administrativo. Señalada y definida también la diversa naturaleza y alcance de las decisiones de trámite y de resolución que puedan adoptar las autoridades administrativas, la posibilidad y casos de adoptar el procedimiento oral y el escrito obligatorio; unificar todo lo relativo a incoación de expedientes, a la condición de interesados en los mismos, a la comparecencia personal o por modo de representantes, a señalar la diferencia entre reclamantes e interesados, los casos de posibilidad de reclamaciones colectivas, simplificando el procedimiento, tanto en única como en ulterior instancia; unificando lo relativo a plazos, paralización, caducidad de expedientes, incidencias, notificaciones, recursos ordinarios y extraordinarios, potestad correctiva en los casos de anomalías en la tramitación, diferenciando la acción que pueda ejercitar el interesado, para obtener la normalidad de procedimiento, de la correspondiente a los Jefes jerárquicos de quien dirige el procedimiento para imponer la normalidad en el mismo; significación del silencio administrativo; acción del particular para obtener decisión de la autoridad, incorporando en libros especiales al Código general lo especial de ciertos procedimientos, como el económico administrativo y el sancionador.»⁵⁴.

En España, después de la Guerra Civil, el Consejo de Estado, primero, y luego los Tribunales contencioso-administrativos dieron un abrigo institucional a la naciente Ciencia Jurídica del Derecho Administrativo que empezó a investigar sobre campos vírgenes imprimiendo su sello personal. Se trata como ha observado NIETO de juristas «de unas generaciones espléndidas»⁵⁵. Y

⁵⁴ J. GASCON Y MARIN PÉREZ, *Necesidad de un Código de procedimiento administrativo*, ob. cit., págs. 39-40.

⁵⁵ El autor destaca entre otros «Villar Palasí, aventurero de la investigación histórica, Garrido Falla importador de sistemas, y García de Enterría, creador indiscutido del Derecho Administrativo del tardo-franquismo y de la transición, (A. NIETO, ob. cit., pág. 8.). Véase también F. LOPEZ MENUDO, ob. cit., pág. 42 el cual subraya como fué la doctrina científica de mitad del siglo XX «(Royo Villanova, Lopez Rodó, Garrido Falla, García de Enterría, Clavero Arévalo, Villar Palasí, González Pérez, Guaita, Nieto, Fernández Rodríguez, González Navarro,...) que han contribuido decisivamente – influyendo notoriamente en la evolución jurisprudencial – revestir la Ley» - se refiere a la LPA de 1958 - «de esa imponente carga principal que actualmente ostenta y que ilumina hasta sus preceptos más modestos.». F. GONZALEZ NAVARRO a esta generación dedica un íntegro párrafo en su obra *“Cincuenta años de procedimiento administrativo en un mundo cambiante”*, Madrid, 2009 págs. 472-473, bajo el título “Los hombres de la generación de 1931 sentaron los cimientos sobre los que, cincuenta años más tarde, habría de edificarse el vigente Estado Social y Democrático de Derecho” y añade lo siguiente: “la verdadera revolución científica que en la década de los cincuenta (del pasado siglo XX) llevó a cabo un grupo de jóvenes administrativistas españoles – fundamentalmente desde las páginas de la *Revista de Administración Pública* -, en un Estado nacido de una guerra civil, un Estado que, de una dictadura que empezó siendo, pasó luego a ser un régimen autoritario. Una revolución científica que preparó el terreno para sentar los

fue propio esta generación esplendida en cimentarse en la búsqueda de principios generales en el *maremagnum* de normas y de sentencias a través de las cuales sentaron las bases para asentar los principios generales sobre los cuales debería regirse el procedimiento administrativo; y que, además, fueron puestos de manifiesto en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1957⁵⁶.

cimientos de un verdadero Estado de Derecho. Son ellos lo que sembraron la semilla que veinticinco años después hizo posible la elaboración de la Constitución Española de 1978, vigente, y que posteriormente permitió la integración en la Unión Europea. (...). Alguien ha calificado aquella década de los cincuenta como «la década prodigiosa», pero yo prefiero designarla como «la generación de 1931» tomando la voz *generación* en sentido sociológico y no meramente biológico. Porque no creo en los prodigios, sino en el trabajo, y porque pertenece además a mi mundo de convicciones que quienes hacen avanzar el mundo, los sujetos de la historia, no son los individuos aislados, sino las generaciones, tomando este significante – repito – en sentido sociológico.”

⁵⁶ Vid., F. LOPEZ MENUDO, *ob. cit.*, págs. 42-43.

CAPÍTULO II: LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE 17 DE JULIO DE 1958

Introducción.

Como hemos visto en el capítulo anterior, la proliferación reglamentaria a que dió lugar la primera Ley de procedimiento administrativo redactada el 18 de octubre de 1889, que comportaron una desigualdad de trato de los interesados fue la causa de la exigencia de redactar una nueva Ley sobre el procedimiento administrativo.

A pesar de los inconvenientes producidos por la ley del 1889, el legislador del 1958 reconoció a esta ley el mérito de haber promovido “una regulación uniforme del procedimiento a que debían someterse los distintos Departamentos de la Administración en la tramitación de sus expedientes”⁵⁷ adelantándose de “muchos años a las leyes de procedimiento administrativo de otros países”⁵⁸ y que “supuso un paso decisivo en la evolución del derecho público español. Pero los principios que la informaban, la parquedad de sus preceptos y su carácter de Ley de Bases que hubo de desarrollar cada Ministerio a través de su Reglamento de Procedimiento Administrativo, dieron lugar a un conjunto heterogéneo de disposiciones, en pugna con la idea directriz que había presidido la promulgación de dicha Ley. Esto explica la unanimidad con que se ha venido propugnando una reforma radical de nuestro procedimiento administrativo, que supere la diversidad de normas existentes y responda a las exigencias de la Administración moderna”⁵⁹.

Más claramente, GONZÁLEZ NAVARRO subrayó que “el problema que se plantea al tratar una regulación general del procedimiento administrativo es el de la dificultad de compatibilizar la multiplicidad de fines de la Administración Pública y la diversidad de sus actuaciones con una regulación única que puede resultar entorpecedora y a la larga conferir rigidez a una gestión que cada vez exige mayor flexibilidad. (...). El de 1889 creyó posible obviar la dificultad mediante el establecimiento de unos principios comunes a todos los departamentos ministeriales que luego

⁵⁷ Exposición de los motivos, Apartado I, Ley de 17 de julio de 1958.

⁵⁸ *Ibid.*,

⁵⁹ *Ibid.*

habrían de ser desarrollados – en plazo de seis meses – en los reglamentos que dichos departamentos habrían de dictar.”⁶⁰.

La contradicción, en algunos casos, de dichos Reglamentos que se dieron para completar la Ley de Bases de 1889⁶¹ no pudieron representar garantía suficiente para el administrado. Como pude observar PI SUÑER en el *Prologo* al primer Comentario a la ley de procedimiento administrativo que salió en España por VIVANCOS: “Los textos obligaban a resolver, pero nada decían si no se resolvía. Podía pensarse entonces en la responsabilidad del funcionario, pero los medios económicos de este no constituían garantía alguna de convertir la responsabilidad en una indemnización real de daños y perjuicios”⁶².

A pesar de todas estas deficiencias, la Ley de Bases de 1889 “fue la primera Ley de esta naturaleza que hubo en Europa y, tal vez, en el mundo.”⁶³.

⁶⁰ F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Cincuenta años de procedimiento administrativo en un mundo cambiante*, Iustel, 2009, pág. 388.

⁶¹ En el momento de la publicación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 estaban en vigor los siguientes Reglamentos, que fueron derogados por la misma al entrar en vigor (Disposición Final 1ª.1): Presidencia de Gobierno: Reglamento para el régimen interior, de 4 de enero de 1915; Ministerios de Asuntos Exteriores: Reglamento de Procedimiento Administrativo de 17 de abril de 1890; Ministerio de Justicia: Reglamento sobre Organización y Procedimiento administrativo de 9 de julio de 1917; Ministerio del Ejército: Reglamento de 25 de abril de 1890; Ministerio de la marina: Reglamento de Procedimiento administrativo de 25 de abril de 1890; Ministerio de la Gobernación: Reglamento de Procedimiento administrativo de 31 de enero de 1947; Ministerio de Obras Públicas: Reglamento Provisional de procedimiento administrativo de 23 de abril de 1890; Ministerio de Educación nacional: Reglamento de Organización y Procedimiento administrativo de 30 de diciembre de 1918; Ministerio de Trabajo: Reglamento de Procedimiento administrativo de 2 de abril de 1954; Ministerio de Industria: Reglamento de Procedimiento administrativo de 7 de septiembre de 1954; Ministerio de Agricultura: Reglamento de Procedimiento administrativo de 14 de junio de 1935; Ministerio de Comercio: Decreto de 18 de agosto de 1951 que declaró aplicable el Reglamento del Ministerio de Agricultura de 1935.

⁶² J.M. SUÑER PI, *Prologo de*, en E. VIVANCOS, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo: Ley de 17 de julio de 1958 y disposiciones complementarias*, Barcelona, 1959, pág.11.

⁶³ F. GONZÁLEZ NAVARRO, *ob. cit.*, pág. 387. GARRIDO FALLA nos hace notar como “No se ha puesto suficientemente de relieve la peculiaridad que significa, desde el punto de vista de Derecho comparado, la circunstancia de que entre nosotros el procedimiento administrativo sea una materia legalmente regulada desde hace más de un siglo.” Y pone en discusión la opinión del estudioso francés G. LANGROD el cual en un trabajo de 1956 - publicado en la *Revue Internationale des Sciences Administratives* - realizó un estudio comparativo de las diferentes soluciones legislativas que se han dado al procedimiento administrativo y distingue tres grupos de países: 1º Países sin Derecho administrativo procedimental representado en primer lugar por Francia; 2º Países que han adoptado soluciones intermedias, entre los cuales se encuentran Inglaterra (con su sistema de *administrative justice* en manos de Tribunales administrativos) y ciertos países continentales como España, Portugal, Suecia e Italia; 3º Países donde existe un Derecho administrativo procedimental, a la cabeza de los cuales se encuentra Austria, cuya Ley de procedimiento administrativo de 22 de octubre de 1925 influyó en su tiempo decididamente en los países vecinos, como Checoslovaquia (Reglamento de 1928 y de 1955), Polonia (Reglamento de 1928 y nueva Ley de 1960) Yugoslavia (Ley de 1930); y Norteamérica que se dio la *Federal Administrative Procedure Act* en 1946. Según GARRIDO FALLA “Es discutible la opinión de LANGROD al no incluir a España en el tercero de los grupos citados, Desde la Ley de 19 de octubre de 1889 (y adviértase la primacía cronológica respecto a las demás fechas que antes hemos citado) están promulgadas en España las bases del procedimiento administrativo.” (F. GARRIDO FALLA, *El procedimiento*

Sin embargo una nueva Ley sobre el procedimiento administrativo además de esperada era también indispensable porque, según la opinión de la doctrina “la legislación sobre el procedimiento administrativo implica un doble intento: de una parte, racionalizar la actuación administrativa, estableciendo las reglas (instrucciones) a las que deben ajustarse los funcionarios públicos para despachar y tramitar los expedientes que, de oficio o a petición del particular, preparan o ejecutan las resoluciones de las autoridades administrativas; de otra, el procedimiento constituye una garantía para los administrados. El primer objetivo, el racionalizador, es fácil de entender porque responde a elementales principios de organización administrativa. Toda gran organización, pública o privada, debe tener sus propias reglas de funcionamiento si quiere actuar con eficacia. El segundo, en cambio, es el producto de una sucesiva etapa en la construcción del Estado de Derecho. Fue la doctrina italiana la pionera en el estudio de una *teoría giuridica dell’organizzazione amministrativa* (por todos la obra de A. DE VALLES), en la que, por cierto, bebimos los españoles: yo mismo (en *Administración indirecta del Estado y Descentralización funcional*, 1950 y GARCÍA-TREVIJANO, en sus *Principios Jurídicos de la Organización Judicial* 1957). Las consecuencias jurídicas son radicales: en adelante ya no es jurídicamente indiferente que un acto administrativo sea dictado por uno u otro órgano administrativo (principio de la competencia), o que el expediente se resuelva con audiencia o sin ella del interesado, o prescindiendo del informe de un determinado organismo técnico o jurídico. Ahora el olvido de estos trámites vicia el acto administrativo final, que por ende, se convierte en anulable o incluso en nulo de pleno Derecho”⁶⁴ y con la consiguiente eventual responsabilidad del funcionario como reza el artículo 76 de la LPA:

“Los Jefes o funcionarios que tuvieren a su cargo el despacho de los asuntos, serán responsables de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para que no sufran retraso, proponiendo lo conveniente para eliminar toda anomalía en la tramitación de expedientes y en el despacho con el público.”

administrativo de 1950 a hoy, en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, Septiembre-Diciembre, 1999, págs. 115-116.

⁶⁴ F. GARRIDO FALLA, *ob. cit.*, pág. 116.

1. LOS IMPULSOS DECISIVOS PARA LA ELABORACIÓN DE UNA NUEVA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

La reforma del procedimiento administrativo que tuvo lugar con la Ley de 1958 ha sido concebida en el marco de un panorama cambiante comprensivo de varios factores: desde un punto de vista doctrinal: el nacimiento de la Teoría General del proceso que postula un nuevo paradigma científico acerca de la distinción entre proceso y procedimiento administrativo; desde un punto de vista de derecho positivo: la influencia de la legislación de otros países en materia de procedimiento administrativo; en fin la creación de la Revista de Administración Pública (RAP) en 1950 y sucesivamente de la Revista Española de Derecho Administrativo (REDA) que se convirtieron en el foro común por los administrativistas españoles.

1.1 Nuevo enfoque de la doctrina española que postula la distinción entre proceso administrativo y procedimiento administrativo.

La doctrina tradicional había contraído el proceso a la función judicial, o sea en la noción de proceso comprende solo aquellos procedimientos que prevén el ejercicio de la función jurisdiccional y que se desarrollan ante un órgano judicial.

En la década de los treinta del siglo pasado en España aparecieron las traducciones de obras de Derecho administrativo de autores alemanes como Spiegel⁶⁵ y Merkl⁶⁶ “ambas inspiradas en la tradición del procedimiento administrativo austriaco (...)”⁶⁷ así que la doctrina moderna ha podido ver, a partir de esas obras, el desarrollo de “una corriente autóctona que va de lo administrativo al encuentro de lo procesal”⁶⁸ y que en España el máximo representante fue Ballbé con su obra representativa «*La esencia del proceso*», el cual sostuvo que el instituto del proceso no se contrae solamente a la función jurisdiccional, percibiendo así con claridad la distinción entre proceso y procedimiento administrativo.

Como subraya GONZÁLEZ NAVARRO “La crisis de la matriz tradicional venía anunciándose desde hacía tiempo y diversos autores, lo mismo en la doctrina extranjera que en la española, se

⁶⁵ L. SPIEGEL, *Derecho administrativo*, Barcelona, 1933.

⁶⁶ A. MERKL, *Teoría general del Derecho administrativo*, Madrid, 1935.

⁶⁷ M. BASSOLS COMA, *La significación de la legislación de procedimiento administrativo en el derecho administrativo español. Especial consideración de la Ley de procedimiento administrativo de 1958*, en *Administraciones públicas y ciudadanos*, coordinado por B. Pendas García, Barcelona, 1993, págg. 63-64

⁶⁸ *Ibidem*.

mostraron disconformes con esa restriccion del concepto del proceso a la funcion judicial, que se acepta como verdad inconcusa por la doctrina dominante. Pero es en la decada de los cuarenta, y en España, cuando y donde el paradigma tradicional entra in crisis. En 1947, un administrativista español, Manuel Ballbè , irrumpe en el campo procesal (...) proponiendo un nuevo paradigma.”⁶⁹.

Ballbè en su obra «*La esencia del proceso*» que vio la luz en 1947, en primer lugar aborda el estudio de la esencia del proceso para afirmar que el instituto del proceso es comun a todas las funciones publicas (legislativa, administrativa y politica) y no solo jurisdiccional como la doctrina tradicional (representada por Calamandrei, Carnelutti, Chiovenda, Fenech, Florián, Gómez Orbaneja, Guasp, Martínez Bernal, La Plaza, Prieto Castro) iba proclamando aciertadamente⁷⁰. Este Autor para demostrar su tesis investiga los elementos constitutivos del proceso jurisdiccional para constatar que dichos elementos (sujeto activo, sujeto pasivo y objeto) se pueden encontrar tambien en los demas procesos y no solamente en los jurisdiccionales⁷¹. La conclusion es que “El proceso es patrimonio de la funcion publica y común, por tanto a sus especies, entre ellas, desde luego, la funcion jurisdiccional.”⁷². Aclarado este punto BALLBÉ señala la diferencia entre «proceso» y «procedimiento»: “Tanto el procedimiento como el proceso, en cuanto instituciones juridicas, se

⁶⁹ F. GONZÁLEZ NAVARRO, *ob. cit.*, pàg. 404.

⁷⁰ M. BALLBÉ, *La esencia del proceso*, en Revista general de Legislacion y Jurisprudencia, Julio-Agosto de 1947, tomo XIV, pagg. 5-12. En contra a la teoria de Ballbè el Tribunal Supremo en la STS 3409/2003, donde se debatía la violación del artículo 436 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por parte de un abogado que había realizado una campaña publicitaria ofreciendo los servicios para la tramitación de recursos en vía administrativa contra las multas de tráfico, en la que se comprometía a anular como mínimo una de cada dos multas. (Art. 436 “Corresponde en exclusiva la denominación y función de Abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de proceso, o el asesoramiento y consejo jurídico”). El Tribunal Supremo desestima el recurso “porque parte de una inexistente identidad jurídica entre los procesos, que son los únicos que menciona el artículo 436 de la Ley Orgánica y que por tanto es noción que ha de limitarse a los procedimientos que se desarrollan ante los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional, y procedimientos administrativos, que no son incardinables en el concepto de proceso y en los que -a diferencia de estos- la intervención de un Abogado no forma parte en ningún caso de su idea institucional.”

⁷¹ El Autor comparte la idea de la doctrina tradicional del proceso como un conjunto de actos dirigidos hacia un fin, pero el se pregunta “cuál es la esencia de tal conjunto de actos, que hace posible la dirección a que se encaminen.”. El destaca que “En primer lugar, en la formación del conjunto de actos que constituyen el «proceso» es necesaria para la esencia de la institución, la participación de un sujeto al que esté atribuida una función pública.” (sujeto activo). Además del sujeto activo el proceso necesita del sujeto pasivo el cual “tiene derecho a participar en la serie de actos.” Esta serie de actos tiene también un objeto que es la fijación de “los datos, fácticos y jurídicos (...) a tenor de los cuales ha de ejercerse una función pública.”. Ahora bien el jurista nota como la presencia del sujeto activo, del sujeto pasivo y la fijación de los datos que constuyen el objeto, estan presentes en todos los actos que constituyen la figura jurídica del proceso, son elementos integrantes de la esencia del mismo, sin que la función jurisdiccional pueda reivindicar la exclusividad. Por lo tanto todos y cada unos de estos elementos pueden referirse a las distintas especies de la función pública. (M. BALLBÉ, *ob. cit.*, págs 28, 30-31, 35, 38)

⁷² M. BALLBÉ, *ob. cit.*, pág. 14.

hallan constituídos por una serie o sucesión de actos. (...). Así resulta, por tanto, que todo proceso, por ser su primer elemento una serie o sucesión de actos coordinados, implica el procedimiento; todo proceso comporta un procedimiento.”⁷³. Pero “si el proceso es algo más que *un* procedimiento, si es ente distinto que *el* procedimiento, lo ha de ser por alguna nota que, siendo constitutiva del concepto de proceso, no sea necesaria para calificar *el* procedimiento.”⁷⁴. Y la nota de distinción que distingue el proceso del procedimiento es la no necesidad de la presencia del sujeto pasivo en la formación de la series de actos: “Habrá, por tanto, mero procedimiento allí donde simplemente el sujeto activo de una función pública forma una serie o sucesión de actos, incluso si fijan los datos a tenor de los cuales ha de actuar. Habrá proceso si, además, el sujeto pasivo de la función que se haya de ejercer ostenta el derecho a participar en la formación de aquella sucesión de actos.”⁷⁵. Al concluir su estudio y excediendo de lo puramente teorico BALLBÉ observa como “Cada día va en aumento la exigencia por nuestro ordenamiento jurídico de que la función administrativa no se ejerza *simpliciter et de plano*, ni tampoco a través de un mero procedimiento, sin derecho de los administrados interesados a participar en la fijación de los datos relevantes. Por el contrario, se atribuye a los sujetos pasivos el derecho a participar en la formación de los actos que fijan los datos a tenor de los cuales ha de ejercerse la función.”⁷⁶, y con esto introduciendo el procedimiento administrativo de forma moderna.

A medida que la renovación del cultivo de los estudios administrativos iba ganando terreno aparece una nueva versión de procedimiento administrativo y junto a ella la necesidad de una nueva legislación sobre el procedimiento administrativo que podemos resumir en dos escritos de esta epoca por los juristas ROYO VILLANOVA y GASCÓN Y MARÍN PÉREZ.

⁷³ *Ibid.*, págs. 39-40.

⁷⁴ *Ibid.*, pág. 40.

⁷⁵ *Ibid.*, pág. 41.

⁷⁶ *Ibid.*, pág. 53.

Como señala BASSOLS COMA, el estudioso Royo Villanova , en su artículo «*El procedimiento administrativo como garantía jurídica*»⁷⁷, “proyecta ya un esbozo de la futura reforma de la legislación española sobre procedimiento administrativo (sobre la base de distinguir los sujetos del procedimiento, el procedimiento propiamente dicho en su fases de iniciación, instrucción y resolución, y los recursos de los interesados), analizando al hilo de su comentario los principales aspectos dogmáticos de la legitimación, notificación, revocación y recursos, etc. Finalmente, como aportación más característica, inaugura la idea del procedimiento en el marco de las garantías del administrado”⁷⁸.

En cambio GASCÓN Y MARÍN PÉREZ propugna la idea de la promulgación de un código único de procedimiento administrativo, “partiendo de una nueva Ley de Bases y realizando, no de una mera recopilación o refundición de los diversos reglamentos, de sino una verdadera obra de codificación sistemática y revisora del variado derecho existente, debe ser publicado un código de procedimiento administrativo para la Administración central”⁷⁹.

1.2 Influencia de la legislación de otros países en la preparación de la propuesta de ley de reforma del procedimiento administrativo.

Después de la Segunda Guerra Mundial en los Congresos Internacionales de Ciencias Administrativa se aborda el tema de la codificación del procedimiento administrativo.

En 1925 Austria había dictado una legislación sobre el procedimiento administrativo compuesta de cinco leyes (introdutoria, general de procedimiento administrativo, de sanciones administrativas, de la ejecución administrativa y de la descongestión de la Administración) sucesivamente modificadas después la Segunda Guerra Mundial. Su influencia en España se debe a

⁷⁷ S. ROYO VILLANOVA, El procedimiento administrativo como garantía, en *Revista de estudios políticos*, núm. 48, 1949.

⁷⁸ M. BASSOLS COMA, *ob. cit.*, pág. 65.

⁷⁹ J. GASCON Y MARIN, *Necesidad de un Código de procedimiento administrativo*, en *Revista de estudios políticos*, núm. 48, 1949, págs. 39-40.

la reflexión doctrinal de Merkl y a la inclusión en la ley de materias como los medios de ejecución de los actos administrativos y el procedimiento sancionador.⁸⁰

Otro modelo de influencia que debe destacarse es el italiano que, como señala BASSOLS COMA, actúa, “por una doble vía: la doctrinal, con gran difusión en la doctrina española del Derecho Administrativo”⁸¹. Entre los autores italianos que más que otros tuvieron influencia sobre los juristas españoles apuntamos FORTI, SANDULLI, ZANOBINI, BENVENUTI y GIANNINI que desarrollaron un concepto abstracto de procedimiento administrativo como una secuencia de actos relacionados con un fin que se inserta en la formación del acto administrativo⁸². Esta inspiración doctrinal como señaló GARRIDO FALLA se nota sobretodo en relación a las regulación de acto administrativo: “por primera vez en nuestro Derecho, una Ley viene a regular de modo completo toda la teoría del acto administrativo y de los supuestos de invalidez”⁸³.

En fin, mencionamos los principios informadores de la *Federal Administrative Procedure Act* y del *Model State Administrative Procedure Act* de 1946 de Estados Unidos. Esta claro que por la diversidad de los fundamentos institucionales y las técnicas jurídicas existentes – todavía hoy - entre Estados Unidos y la Europa del *code civil*, el trasplante de la legislación norteamericana a la Administración Pública española resultaba de difícil encaje. Lo que suscitó admiración de esta ley fue su pragmatismo al predisponer una serie de técnicas en orden a la promulgación y registro de los reglamentos y un sistema de audiencia que permite el desarrollo de procedimientos contradictorios, inspirados en la técnicas judiciales, producidos en paridad de condiciones por las partes intervinientes⁸⁴.

Sin embargo el tema de la codificación del procedimiento administrativo había sido abordada también por el legislador con un proyecto de 1953 sobre la Acción Administrativa que no pudo ser

⁸⁰ M. BASSOLS COMA, *ob. cit.*, págs. 68-69.

⁸¹ *Ibid.*, pág. 69

⁸² *Ibid.*, pág. 69;

⁸³ F. GARRIDO FALLA, *Ante el proyecto de Ley sobre procedimiento administrativo*, en Documentación Administrativa, n. 7, 1958, pág. 45.

⁸⁴ *Vid.*, M. BASSOLS COMA, *ob. cit.*, págs. 70-72.

aprobado por disolución de las Camaras en 1958. El texto estaba dividido en cuatro títulos: los organos administrativos; el procedimiento administrativo; los actos administrativos; y la revisión de los actos⁸⁵.

1.3 Nacimiento de la Revista de Administración Pública (RAP) en 1950 y sucesivamente de la Editorial Civitas y de la Revista Española de Derecho Administrativo (REDA).

Un empuje a la elaboración de una nueva ley sobre el procedimiento administrativo vino también con la creación en el 1950 de la Revista de Administración Pública con el fin de tratar “los temas concretos referentes a la Administración del Estado”⁸⁶ hasta ahora tratados en el ámbito de la Revista de Estudios Políticos⁸⁷.

La idea de la creación de una Revista dedicada exclusivamente al Derecho administrativo vino de García de Enterría, entonces letrado del Consejo de Estado, el cual empezó una búsqueda de los estudiosos que le parecían más idoneos para escribir en la Revista. Entre ellos se destaca Royo-Villanova, Conde, Clavero Arévalo, Villar Palasí, Jesús Fueyo, Manuel Alonso Olea, Garrido Falla, González Pérez, Serrano Guirado, Jordana de Pozas, Gascón Hernández Bermejo Gironés Gómez-Acebo, García-Trevijano Fos, y por supuesto a partir de 1961 Ballbé.

La novedad de la Revista está en el metodo nuevo de acercarse al estudio del derecho administrativo: o sea con explicaciones de Derecho positivo, minuciosamente, diseccionado y estudiado en las leyes y disposiciones generales y, de manera especial, en la jurisprudencia . De tal manera que “pasados dos o tres años, la RAP quedó ya definitivamente configurada y establecida. Todas las oposiciones a cátedras que se celebraron desde 1951 (...) hicieron ya de la RAP el terreno obligado del debate científico y de la colaboración en ella una inexcusable invocación de méritos científicos.”⁸⁸ Sucesivamente García de Enterría, junto a algunos colaboradores de la RAP,

⁸⁵ *Ibid.*, 69-70.

⁸⁶ *Revista de Administración Pública*, enero-abril de 1950, núm. 1, pág. 7.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Para una historia interna de la “Revista de Administración Pública*, en *Revista de Administración Pública*, n. 150, 1999, págs. 611-621

pusieron en marcha la Editorial Civitas y la REDA que se convirtieron en un foro común de todos los administrativistas españoles y también de muchos extranjeros.⁸⁹

A estas tres circunstancias que hemos elencado – renovación del cultivo de los estudios administrativos por parte de los jurista españoles, influencia de la legislación extranjera, y en fin creación de la Revista jurídica RAP - cabe añadir también la constitución en 1951 de la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, y como destaca GARRIDO FALLA, también el hecho de que “Durante la década de los cincuenta y de los sesenta, un buen número de alto cargos de la Administración estaban ocupados por excelentes juristas que, precisamente por serlo, creían en el Estado de Derecho. Durante el tiempo que fue Ministro de Educación, el Profesor RUIZ JIMÉNEZ tuvo como Subsecretario a Segismundo ROYO-VILLANOVA, quien, a su vez, se rodeó de un gabinete técnico del que formábamos parte el también desaparecido Catédrico de Derecho administrativo SERRANO GUIRADO, el Profesor GONZÁLEZ PÉREZ y quien esto escribe”⁹⁰ y pese a que “los años transcurrían sin que vislumbrase un restablecimiento de las «libertades políticas» y, en general, de las instituciones democráticas (...) pienso que para muchos, a falta de legitimidad en cuanto al origen, había que asegurar, cuando menos, el principio de legalidad de actuación administrativa, su sometimiento al Ordenamiento Jurídico *vigente*.”⁹¹

2. PROMULGACIÓN DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO (LPA)⁹².

En los años cincuenta en el Instituto de Estudios Políticos se había constituido una Comisión encargada de la tarea de redactar un Proyecto de Ley de Procedimiento administrativo aplicable a

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ F. GARRIDO FALLA, *El procedimiento administrativo de 1950 a hoy*, cit., págs. 119-120.

⁹¹ *Ibid.*, págs. 119-120.

⁹² Con un fin puramente histórico hay que subrayar que la Ley fue promulgada bajo la autoridad de Franco, pero la Ley no es fruto de aquel régimen sino de la revolución científica llevada a cabo por los juristas españoles de la década de los cincuenta autores del nuevo Derecho Administrativo Español. Eso ha sido posible porque los juristas con una operación de ingeniería jurídica supieron separar la parte política del poder con la parte burocrática-administrativa de carácter estrictamente técnico. La Ley de 1958 tenía el objetivo de inaugurar un nuevo método de trabajo en la oficinas públicas para lo que concierne la tramitación y resolución de los expedientes, dando lugar a una mayor agilidad y rapidez en la acción administrativa – acción del poder público en sus diversas y concretas manifestaciones. Y esto era un buen motivo de propaganda para el poder político que nunca se opuso a la promulgación de la Ley.

todos los departamentos ministeriales⁹³. La Comisión finalizó su trabajo en 1954. Todavía hubo que esperar algunos años antes de que el poder público publicara en el Boletín Oficial de las Cortes el proyecto de ley. Este se publicó el 2 de junio de 1958, terminando el 15 de junio del mismo año el plazo para presentar enmiendas.

La nueva Ley de procedimiento administrativo fue publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 171 de 18 de julio de 1958.

La Ley se propuso abordar la distinción entre Gobierno y Administración con el fin de clarificar los dos conceptos - Administración Pública y Administración Central del Estado - hasta ahora amalgamados y confundidos con la Jefatura del Estado. Así, fue concebida una operación de ingeniería jurídica que reconociendo la personalidad jurídica a la *Administración Pública* permitiera a la misma de convertirse en un centro unitario de imputación de relaciones jurídicas; mientras que con el concepto de *Administración Central del Estado* se entendía el conjunto de órganos o de personas que componían la misma.

En su articulado la Ley regulaba el régimen jurídico de los órganos y personal, la delegación de atribuciones, la responsabilidad de la Administración y de sus autoridades y funcionarios, y en fin en su Título III (artículos de 29 a 39) abordaba los temas procedimentales (publicidad, inderogabilidad, nulidad de los reglamentos; delegación de atribuciones, ejecutividad de los actos, suspensión, agotamiento de la vía administrativa, nulidad de los actos, etc...): en particular el artículo 30 preveía la existencia de una normativa sobre el procedimiento administrativo al decir que:

“las resoluciones y acuerdos que dicte la Administración, bien de oficio o a instancia de parte, lo serán con arreglo a las normas que regulan el procedimiento administrativo”,

con el que se llegaba a la segunda y última fase de la reforma administrativa en España.

⁹³ El proyecto de Ley sobre el procedimiento administrativo sigue el texto de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado aprobada por Decreto de 26 de julio de 1957 con el cual empieza en España la primera fase de la Reforma Administrativa de la Administración Pública en sentido moderno, o sea con criterio de unidad.

LOPEZ RODÓ en el discurso pronunciado ante el Pleno de las Cortes en defensa del Proyecto de Ley de procedimiento administrativo el 15 de julio de 1958 – y que se estima de interés porque condensa las principales orientaciones de la LPA - ha subrayado como la LPA se puede considerar como “un verdadero Código administrativo que regula no solo el procedimiento administrativo en sentido estricto, sino también los principios generales de organización y actuación, el régimen de los actos administrativos y la situación de los interesados en el expediente. Pese a este vasto y complejo contenido, la Ley refleja notable concisión y significa un gran avance en orden a la poda de nuestra legislación (...). Las ideas capitales que inspiran el proyecto son: *a)* Unidad y flexibilidad del procedimiento. *b)* Simplificación de trámites. *c)* Incremento de la productividad. *d)* Colaboración de los administrados; y *e)* Reducción del número de disposiciones reglamentarias.”⁹⁴.

Los artículos de 67 a 108 de La Ley de Procedimiento Administrativo contemplaban “un modelo genérico o prototípico de la procedimentalización de la acción administrativa.”⁹⁵. Este modelo desde el principio ha sido concebido por la Ley como flexible, es decir, según que materia, podrían admitirse excepciones:

Artículo 1 “La Administración del Estado ajustará su actuación a las prescripciones de esta Ley.

Las normas contenidas en los títulos IV y VI⁹⁶ salvo el capítulo I de este⁹⁷ y en el capítulo II de título I⁹⁸ sólo serán aplicables en defecto de otras especiales que continúen en vigor de acuerdo con lo preceptuado en la disposición final primera, número dos”.

El artículo primero acababa con la previsión de su supletoriedad también con relación

“a las normas que regulan el procedimiento administrativo de las Corporaciones Locales y de los Organismos autónomos.”.

En la disposición final primera, número dos se habilitaba al Gobierno para que en el plazo de tres meses, se fijasen cuáles son los procedimientos especiales que por razón de su materia continuarán vigentes. Por Decreto de 10 de octubre de 1958 se publicó dicha lista de procedimientos a los cuales la Ley de procedimiento administrativo no era aplicable.

⁹⁴L. LÓPEZ RODÓ, Directrices de la ley de procedimiento administrativo, en *Documentación Administrativa*, agosto-septiembre, 1958, pág. 17.

⁹⁵M. BASSOLS COMA, *ob. cit.*, pág. 83.

⁹⁶O sea las normas relativas al Procedimiento común y a los Procedimientos especiales.

⁹⁷O sea el « Procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general».

⁹⁸Relativo a los « Organos colegiados».

2.1 Criterios inspiradores del procedimiento administrativo introducidos por la LPA.

En el apartado I de la Exposición de los motivos, titulado “Justificación de la reforma” el legislador explica que el motivo de dicha Ley es intentar dar “una regulación uniforme del procedimiento a que debían someterse los distintos departamentos de la Administración en la tramitación de sus expedientes”. En primer lugar la Ley quiere reunir en un texto único las normas procedimentales aplicables a todos los Departamentos ministeriales. Pero no se trata de una Ley común – como la de 1889 - sino general en cuanto no tiene afán de ser aplicada a cada procedimiento de cada administración mas respetar las peculiaridades de determinadas materias administrativas que postulan procedimientos distintos del ordinario, y con respecto a las cuales la Ley tendrá carácter supletorio.

De la lectura de la *Exposición de los motivos* podemos extrapolar los criterios que la Ley establece para el procedimiento administrativo entendido como “cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin.”⁹⁹:

- el primer criterio es el de unidad, que comprende la unidad de actuación administrativa¹⁰⁰ y la unidad del expediente – este segundo aspecto conlleva también consigo el criterio de *simplificación de los trámites* -, para evitar dar lugar a resoluciones contradictorias sobre un mismo asunto. El criterio de unidad, que debe inspirar la actuación administrativa, aparece frecuentemente en la frases de la Exposición de los motivos:

“La Ley atiende, en primer lugar, a un criterio de unidad. Procura en lo posible, reunir las normas de procedimiento en un texto unico aplicable a todos los Departamentos ministeriales”.

⁹⁹ Exposición de los motivos, Apartado V, Ley de 17 de julio de 1958

¹⁰⁰ Como puso de manifiesto LÓPEZ RODÓ “Todo ordenamiento jurídico sano tiende siempre a la unidad. Es misión del Derecho establecer el orden, y el orden se basa siempre en unos pocos principios fácilmente reducibles a la unidad (...). No hay razón, por ejemplo, para que el régimen de recursos contra los actos administrativos sea distinto de un Ministerio a otro, y que lo que en un Departamento se llama recurso de alzada reciba en otro el nombre de apelación, ni para que en unos Ministerios se admita y en otros se rechace el recurso de reposición, y que lo mismo ocurra con el de nulidad; que los plazos se establezcan con distinta duración en cada Ministerio (...); ni para que en unos Ministerios se aplique y en otros no la doctrina del silencio administrativo. La nueva Ley viene a corregir esta situación al ser aplicable a todos los Departamentos, sin perjuicio de la especialidad de determinadas materias, que postulan un procedimiento distinto del ordinario y a las que la Ley se aplicará con carácter supletorio.”, (L. LÓPEZ RODÓ, *ob. cit.*, pág. 18).

Pero al mismo tiempo el legislador tuvo también que reconocer que en la actuación administrativa el poder público debe tutelar intereses públicos de indole distinta y por eso este criterio de unidad tuvo que atenuarse en virtud del reconocimiento de las especialidades por razón de la materia, como señala el apartado primero de la Exposición de los motivos bajo la rubrica «Justificación de la reforma»:

“con la salvedades que en su articulado y en las disposiciones finales se establecen respecto de los Ministerios militares. Respeta, sin embargo, la especialidad de determinadas materias administrativas, cuyas peculiares características postulan un procedimiento distinto del ordinario y a las que la Ley se aplicará con carácter supletorio. (...)”

salvo para el «sistema de recursos y del silencio administrativo» donde la unidad normativa se mantuvo siempre que no se tratara de reclamaciones económico-administrativas donde se admitía un regimen diferenciado.

La unidad ha sido invocada por la Ley también para resolver los expedientes: el Apartado IV de la Exposición de los motivos bajo la rubrica «Actuación administrativa» introduce el criterio de la unidad del expediente para poner fin a la multiplicidad de resultados – a veces contradictorios – cuando sobre un mismo asunto debían pronunciarse varias administraciones:

“Para salvar los inconvenientes apuntados se establece ahora que en los asuntos en que hayan de intervenir con facultades decisorias dos o más Departamentos ministeriales o varios Centros directivos de un Ministerio instruirá un solo expediente y se dictará una resolución única que corresponderá al Ministerio o Centro que tenga una competencia más específica en relación con el objeto de que se trate.”¹⁰¹

¹⁰¹ La obligación de instruir un solo expediente y de dictar una resolución única se encuentra regulado en el artículo 39 LPA el cual establece que “Cuando se trate de autorizaciones o concesiones en las que, no obstante referirse a un solo asunto u objeto, hayan de intervenir con facultades decisorias dos o más Departamentos ministeriales o varios Centros directivos de un ministerio, se instruirá un solo expediente y se dictará una resolución única.” Con respecto éste artículo la LPA parece adelantar un instituto de simplificación administrativa previsto en el artículo 14 Ley italiana 241/1990 sobre el procedimiento administrativo, lo de la «Conferencia de los servicios» que como veremos en capítulo V sanciona el deber de dictar una sola resolución cuando en relación a un solo asunto hayan de intervenir dos o más Administraciones públicas.

Como hemos apuntados *supra*, el propósito propugnado por el legislador acerca de la unidad iba más lejos de su aplicación al individual procedimiento iniciado en el caso concreto, como declara claramente el Apartado IV de la Exposición de los motivos:

“También las administraciones locales tendrán que adaptar su normativa sobre el procedimiento a la Ley de 1958” y por eso dicha Ley “faculta al Gobierno para adaptar a la presente Ley las normas de procedimiento administrativo de las Corporaciones Locales, pues aunque la que ahora se promulga se refiere en principio sólo a la Administración del Estado, es innegable que el principio de unidad no rige por separado en ambas esferas de actuación administrativa, sino que, por el contrario las abarca conjuntamente y unos mismos principios deben presidir en el procedimiento en la Administración Central y en la Local, sin mengua de las especialidades que exigía el procedimiento de las Corporaciones provinciales y municipales.”¹⁰²

Pues el legislador quería extender este principio de unidad en sentido de que la Ley debería ser aplicable a todas las públicas administraciones sin perjuicio de la especialidad de determinadas materias, que postulan un procedimiento distinto., es decir que la Ley tenía “una auténtica vocación de universalidad, de aplicación a todos los ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico-administrativo”¹⁰³, y por este motivo “el legislador prevé la futura adaptación de las normas de procedimiento administrativo vigentes en la esfera local o en la institucional a los preceptos de la nueva Ley”¹⁰⁴.

- El segundo grupo de criterios que se pueden apuntar de la lectura del Apartado I de la Exposición de los motivos son los de rapidez, agilidad y sobre todo lo de la flexibilidad.

El legislador de 1958 quiso una Ley que estuviese lo más posible en armonía con las exigencias de la vida social como claramente afirmado en la Exposición de los motivos:

“La necesaria presencia del Estado en todas las esferas de la vida social exige un procedimiento rápido, ágil y flexible, que permita dar satisfacción a las necesidades públicas, sin olvidar las garantías debidas al administrado en cumplimiento de los principios consagrados en nuestras Leyes Fundamentales.”

¹⁰² La LPA está concebida para ser de aplicación en principio a la Administración del Estado, tenía carácter supletorio para el resto de las Administraciones públicas. De este modo lo establecía el artículo 1.4 de la Ley para las Corporaciones Locales y los organismos autónomos. Este régimen se ha prolongado hasta la LRRL 7/1985 y el R.D. 2568/1986

¹⁰³ F. GONZÁLEZ NAVARRO, *ob. cit.*, pág. 584.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pág. 584.

Esta flexibilidad hace que desde un punto de vista legal el texto fuese muy completo aunque no rígido como apunta el apartado V «El procedimiento» del Exposición de Motivos, dado que:

“no toda la actividad que se desarrolla en el procedimiento se encuentra en un mismo plano. La actuación administrativa se descompone en actos de naturaleza distinta, según la función que los mismos vienen a cumplir en el procedimiento. La Ley ha huido por ello, de la ordenación rígida y formalista de un procedimiento unitario en el que se den todas aquellas actuaciones integradas como fases del mismo, y en consecuencia no regula la iniciación, ordenación, instrucción y terminación como fases o momentos preceptivos de un procedimiento, sino como tipo de actuaciones que podrán darse o no en cada caso según la naturaleza y exigencias propias del procedimiento de que se trate. De este modo la preclusión, piedra angular de los formalistas procedimientos judiciales, queda reducida al mínimo, dotándose el procedimiento administrativo de la agilidad y eficacia que se demanda a la Administración moderna.”

El criterio de flexibilidad normativa asume una cierta importancia al tratar de la figura del funcionario-instructor, dado que como aclara GONZÁLEZ NAVARRO la Ley “no contenía un procedimiento tipo, en el sentido de tramitación articulada, sino que se limitaba a poner a disposición del instructor un arsenal de herramientas procesales a utilizar según convenga (caso de procedimientos no formalizados) o según venga imperativamente exigido por la norma que regule un aspecto concreto de la actuación administrativa.”¹⁰⁵. Y el instructor asume una cierta importancia en el procedimiento dado que es el que personifica la administración pública ante los interesados. La Administración pública con la figura del instructor – el cual dentro del procedimiento tiene que actuar según algunas directrices más o menos estrictas, según se trate de procedimientos formalizados o menos - cesa de ser un conjunto de personas u órganos indistintos. El mismo artículo 20.1 de la Ley que comentamos, al tratar el tema de la abstención y recusación, nos indica que el órgano administrativo, Departamento o unidad administrativa puede ser personificada por la autoridad o persona física.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pág. 584.

- A este segundo grupo de criterios le sigue un tercero, en estricta relación con ellos, que comprende los de economía, celeridad y eficacia de los servicios: que como aclara el legislador no deben considerarse no

“como simple enunciados programaticos, sino como verdaderas normas juridicas al habilitar a la Administración de una vez para siempre para adoptar cuantas medidas repercuten en la economía, celeridad y eficacia de lo servicios: a estos fines responden los preceptos relativos a la normalización de documentos; racionalización, mecanización, y automación de los trabajos en la oficinas públicas; creación de Oficinas de Información y Reclamaciones, y fijación de horarios adecuados para el mejor servicios de los administrados, etc..”¹⁰⁶.

2.2 Las garantías sustantivas del administrado y las tareas para el funcionario-instructor en el desarrollo de la actividad instructora.

Los criterios inspiradores de esta ley enunciados en la Exposición de los Motivos (véase parrafo *supra*) han hecho sí que haya sido considerada con carácter de «ley de principios» por haber logrado garantías sustantivas para el administrado, dictando reglas muy innovadoras para aquel tiempo que sucesivamente constituyeron los principios de los procedimientos administrativos modernos tambien fuera de España¹⁰⁷.

Dichas garantías se encuentran sobretodo contenidas en el Título III de la LPA bajo la rubrica «Actuación administrativa» – relativo a las reglas establecidas para la audiencia y actividad probatoria) - y en el Título IV: bajo la rubrica «El procedimiento» relativo a todas aquellas herramientas puestas a disposición del instructor para el desarrollo de la actividad instructora y el cuyo no respeto puede generar responsabilidad para el funcionario incumplidor.

Conviene precisar que del conjunto de normas dictadas por la Ley lo que en este estudio nos interesa más son aquellas que delinean una figura o un centro referente de la Administracion que constituya un punto de referencia para el administrado durante el desarrollo del procedimiento administrativo. Un responsable del procedimiento administrativo que se haga cargo de coadyuvar

¹⁰⁶ Apartado IV “Actuación administrativa” Exposición de Motivos.

¹⁰⁷ M. BASSOLS COMA, *ob. cit.*, pág. 84.

las tareas inherentes al mismo y evitar que la Administración sea para el ciudadano un conjunto de departamentos y personas indistintas.

2.2.1 Las garantías para los administrados puestas por la LPA.

Las normas generales fijadas por el legislador que deben presidir la actividad de la Administración constituyen una garantía para los administrados, y que podemos sintetizar en la siguientes normas:

- Deber de la Administración Pública de actuar según los criterios de economía, celeridad y eficacia (artículo 29 LPA)¹⁰⁸ Estos criterios se conciben como verdaderas normas jurídicas básicas sea para las garantías de los administrados sea para la organización de la Administración en sentido de gestión empresarial. A estos fines responden los preceptos relativos al deber de normalización y racionalización como técnicas a emplear por parte de la Administración pública (artículo 31); la unidad de los expedientes y resolución única en materia de autorizaciones o concesiones, aunque intervengan varios organismos (artículo 39)¹⁰⁹; el periodo máximo para la conclusión del procedimiento en seis meses (art. 61); el plazo máximo de diez días para todas las notificaciones concernientes sea la resolución final, sea de cualquier otro acto relativo al procedimiento que tengq que ser notificado (art. 79)¹¹⁰.

¹⁰⁸ Artículo 29 “La actuación administrativa se desarrollará con arreglo a las norma de economía, celeridad y eficacia”.

¹⁰⁹ Artículo 39 “Cuando se trate de autorizaciones o concesiones en las que, no obstante referirse a un solo asunto u objeto, hayan de intervenir con facultades decisorias dos o más Departamentos ministeriales o varios Centros directivos de un ministerio, se instruirá un solo expediente y se dictará una resolución única.”

Con respecto éste artículo 39, la norma número 7 de la Orden de 22 de octubre de 1958 por la que se dictan normas para el funcionamiento de las Oficinas de Información prevista en el artículo 33 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en orden a las informaciones sobre los expedientes mixtos que los interesados tendrán derecho a conocer según el artículo 62 de la LPA, añade “En los expedientes a que hace referencia el artículo 39 de la Ley, la información permanecerá cenralizada en todo momento en el Departamento que con competencia específica lo inicie y al cual corresponda su resolución sin que el consultante tenga que solicitar la información de los distintos Organismos, Centros o Ministerios que, además de aquél, tengan intervención en el asunto.”

¹¹⁰ “(...) las aludidas directrices no se conciben como simples enunciados programaticos, sino como verdaderas normas jurídicas, al habilitar a la Administración de una vez para siempre para adoptar cuantas medidas repercutan en la economía, celeridad y eficacia de los servicios; a estos fines responden preceptos relativos a la normalización de documentos; racionalización, mecanización y automatización de los trabajos en la oficinas publicas; creación de Oficinas de información y Reclamaciones, y fijación de horarios adecuados para el mejor servicio de los administrados, etc.. (...)” y “cuando determinadas actividades de los particulares (...) debían interesarse simultanea o sucesivamente de varios Centros o Departamentos (...) los asuntos en que hayan de intervenir con facultades decisorias dos o mas Departamentos ministeriales o varios Centros directivos de un Ministerio, se instruirá un solo expediente y se dictara

Como ha destacado la doctrina la estructura y funcionamiento de la Administración pública además de obedecer a principios y reglas jurídicas concernientes a las atribuciones de cada órgano, poderes jerárquicos, normas de procedimiento, derechos de los administrados, obedece también a principios y normas de organización empresarial siendo la misma una gran empresa que cuenta con una extensa red de oficinas y servicios. Para LÓPEZ RODÓ la normas referentes a la dirección, la programación, la coordinación, el régimen del personal y las relaciones públicas, son de intender para lograr una mejora de la productividad¹¹¹. Y apunta como la LPA “ha procurado conjugar los criterios jurídicos con los que la moderna terminología llama «ingeniería administrativa». Efectivamente, en la elaboración del proyecto han intervenido, junto a los letrados, varios ingenieros, economistas y estadísticos. En suma, la nueva Ley pretende dar fuerza jurídica a una serie de principios que aumenten el rendimiento de la gestión administrativa y abaraten su coste. Por eso se establece que en todo caso será requisito previo a la creación de un órgano administrativo el estudio económico del coste de su funcionamiento y del rendimiento o utilidad de sus servicios, así como que no podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes, si al propio tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos. Este sometimiento a normas de economía viene preceptuado en primer lugar en los artículos 3-6, 10, 29, 30-35, y 78”¹¹².

Dentro de estas normas definidas por LÓPEZ RODÓ «de economía», conviene señalar aquellas estrechamente reacionadas con la recepción del *management* (que se suele designar

una resolución única, que correspondiera al Ministerio o Centro que tenga una competencia más específica en relación con el objeto de que se trate. (...). La unidad del expediente y de resolución se mantiene también cuando para un mismo objeto deban obtenerse autorizaciones u otros acuerdos de organismos autónomos, que se limitarán a intervenir, en la forma antes indicada, en el expediente instruido por la Administración. (...). Por lo que se refiere a términos y plazos, la ley resuelve con claridad todos los supuestos posibles dotando con ello a los particulares de un completo instrumento de seguridad en sus relaciones con la Administración. (*Exposición de los motivos*, capítulo IV, Ley de 17 de julio de 1958).

¹¹¹ L. LÓPEZ RODÓ, *La Administración Pública y las transformaciones socio-económicas*, Madrid, 1963, págs. 68 y

ss.

¹¹² L. LÓPEZ RODÓ, *Directrices de la ley de procedimiento administrativo*, ob. cit., pág. 21.

con las funciones de prever, organizar, mandar coordinar y controlar) y que en la Administración española parece ser desconocida hasta la promulgación de la LPA¹¹³.

Así que según parte de la doctrina la recepción del management ha sido recogida primariamente por la LPA en los artículos de 3 a 7 que prevén la centralización de la máquina administrativa y permiten relaciones de transferencia del ejercicio de funciones o competencias en sentido descendente (delegación) o ascendente (avocación). En particular los artículos de 4 a 7 efectúan una división horizontal territorial (artículo 5) y funcional (artículo 6)¹¹⁴; mientras que el artículo 35 contiene el germen de lo que será la clasificación del puesto de trabajo¹¹⁵; en fin el artículo 78 apartado 1 intenta poner fin – por lo menos en materia de comunicaciones entre órganos – a la multiplicidad de escalones piramidales con los cuales estaba estructurada la Administración¹¹⁶, estableciendo que:

“La comunicación entre órganos administrativos se efectuará siempre directamente sin que puedan admitirse traslados y reproducciones a través de órganos intermedios.”

¹¹³ Vid. M. HEREDERO HIGUERAS, La recepción del management en la ley de procedimiento administrativo de 1958, en *Revista General de Derecho*, núm. 17, 2008, pág. 1, el cual describe la organización de la Administración basada en la “técnica del mando militar”, o sea “una estructura más o menos piramidal, con subdivisiones sucesivas (...) que descendía hasta el nivel de subneciado” con ausencia de los puestos de mero asesoramiento o estudio. “Esta correspondencia no tenía una base normativa” y “era precisamente una de las causas de la imprudencia de la Administración” dado que “Se trataba de una estructura forzada, que en su momento vino impuesta por la centralización, la cual, a su vez, implicaba un control escalonado de la actuación. En ella imperaba un predominio de los órganos de mando, una multiplicidad de escalones, a modo de unos enlaces necesarios para transmitir la voluntad del jefe, una cierta uniformidad que permitiera aplicar las órdenes de manera rápida y completa, la existencia de circunscripciones muy reducidas. La realidad muestra que esta estructura militar o cuasimilitar no se compagina con la realidad de la función directiva de la Administración. (...) Al margen de esta inadecuada estructura cuasi-militar, la concepción de la dirección estaba ligada a la materia objeto de la actividad directiva. La dirección de un hospital, por ejemplo, era algo propio de médicos, pese a que el director de un hospital debe enfrentarse en su gestión cotidiana con problemas que no guardan relación con el ejercicio de la medicina: obras, compras, problemas de personal, presupuestos, etc. (...) Por último, imperaba entre los administrativistas, la concepción de que la administración consistía sustancialmente en la ejecución de las leyes o reglamentos.” (págs. 1-3).

A ésta última función contestó LÓPEZ RODÓ afirmando que “La administración no tiene por exclusiva finalidad declarar el derecho – para esto están los tribunales –, sino servir a la magna empresa de promover el bienestar social. El procedimiento que encauce la acción administrativa ha de parecerse, sobre todo, a las normas prácticas que presiden la gestión de una gran empresa.”, (L. LÓPEZ RODÓ, *Directrices de la ley de procedimiento administrativo...*, ob. cit., pág. 21).

Alguna reserva ha sido mostrada por GARCÍA DE ENTERRÍA en considerar la Administración pública como empresa. Vid., E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Administración española*, Madrid, 1972, pág. 17, “El autor no siente primariamente la Administración como empresa, sino (...) como Estado, como organización insertada en, y al servicio de la comunidad política. Bien entendido, ello no implica prescindir de aquellos principios estructurales puramente formales y, en efecto comunes a cualquier tipo de organización.”

¹¹⁴ Vid. M. HEREDERO HIGUERAS, ob. cit., págs. 9-10.

¹¹⁵ *Ibid.*, págs. 13-16.

¹¹⁶ *Ibid.*, págs. 12-13.

El legislador al fijar estas normas generales que deben presidir la actividad de la Administración, complementa las garantías que el Estado debe a los administrados con una serie de normas jurídicas que tienden a elevar el rendimiento y la productividad de la máquina administrativa¹¹⁷. Conviene destacar que la idea de productividad y la importancia de una reforma administrativa en este sentido fueron importadas de Francia. En Francia se había publicado una obra de título muy ambicioso: *La productivité*, por Jean Fourastié, y además Francia había creado una Comisaría para la productividad. Por ende Francia tenía un Ministro encargado de la Reforma Administrativa. Todas estas circunstancias tuvieron influencia en España¹¹⁸. Ahora continuamos con la enumeración de las garantías para los administrados puestas por la LPA:

- Motivación de los actos administrativos (artículo 43);
- Derecho de los interesados a conocer, en cualquier momento, el estado de su tramitación artículo 62);
- Responsabilidad del Jefe o funcionario del despacho en orden a la tramitación de los asuntos que tuvieran a su cargo (artículo 76):

“Los Jefes o funcionarios que tuvieran a su cargo el despacho de los asuntos, serán responsables de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para que no sufran retraso, proponiendo lo conveniente para eliminar toda anomalía en la tramitación de expedientes y en el despacho con el público.”

¹¹⁷ Las normas relativas a la mejora de la productividad son aquellas que hacen referencia a la racionalización (artículo 30) - la cual “debe descansar en los siguientes principios: reducir gastos, reducir el trabajo del personal, evitar pérdidas inútiles de tiempo. Ello se logra mediante la organización, simplificación y el control del trabajo, a cuyos fines contribuyen la normalización y la mecanización.” Se añade además que la racionalización “no puede hacerse por medio de disposiciones legales, sino estudiando y analizando caso por caso y proponiendo las soluciones más sencillas y razonables. Y esto sólo lo pueden realizar equipos de especialistas en organización cuya misión sea exclusivamente la de estudiar todos los procesos burocráticos” por ese motivo la LPA no da normas concretas sobre esta cuestión -; la mecanización (artículo 31 apartado 2) del trabajo cuando esta haga económico estos procedimientos; la normalización de documentos y expedientes administrativos (artículos 29, 30 y 31) - o sea el establecimiento de normas concretas para la confección de determinado objeto o cosa. Es una faceta de la simplificación -; y en fin el fomento de las Relaciones Humanas (artículos 33 y 34) con el establecimiento de las Oficinas de Información y de las de Iniciativas y Reclamaciones. Todas estas medidas fueron concebidas por el legislador para aumentar la productividad de la Administración en el sentido que ayudan a simplificar y mejorar el trabajo, eliminar errores, hacer más efectivo el control, economizar el tiempo, reducir gastos materiales y reducir y facilitar el trabajo del personal. Véase J.M. CASALS MARCÉN, La productividad en la nueva ley de procedimiento administrativo, en *Documentación administrativa*, agosto septiembre, 1958, pags. 57-68.

¹¹⁸ M. HEREDERO HIGUERAS, *ob. cit.*, pág. 8.

A este artículo añadimos también el precepto sancionado por el artículo 77 sobre el derecho de los interesados a reclamar quejas contra los defectos de tramitación y responsabilidad del funcionario en el caso de que la queja sea estimada:

“En todo momento podrá reclamarse en queja contra los defectos de tramitación y, en especial los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados u omisión de trámites que puedan subsanarse antes de la resolución definitiva del asunto. La queja se elevará al superior jerárquico de la autoridad o funcionario que se presume responsable de la infracción o falta, estandose el precepto infringido y acompañándose copia simple del escrito (...) La estimación de la queja podrá dar lugar, si hubiese razones para ello, a la incoación de expediente disciplinario contra el funcionario responsable de la infracción denunciada. En ningún caso se suspenderá la tramitación del procedimiento en que se haya producido”.

Se trata de unas normas que imponen un deber general de diligencia por parte de los funcionarios encargados de los asuntos y a las cuales deben ser reconducidas todas las demás normas contenidas en los artículos de 81 hasta 93 del Título IV de la LPA, que como veremos más adelante constituyen las tareas – aunque no exhaustivas - del funcionario instructor responsable del procedimiento.

Los artículos 76 y 77, además de establecer la responsabilidad de los funcionarios responsables de los trámites, si puestas en conexión con las normas del título IV nos ayudan a precisar quien sea el instructor del procedimiento o sea el responsable del mismo. Son normas, a mi parecer muy importantes porque ponen la semilla para crear aquel diálogo de transparencia y también de colaboración entre Administración y administrado y lograr la participación de los mismos en la elaboración de la resolución, superando la concepción ochocentista de una Administración autárquica y anónima. Este cambio ha sido posible porque como a puesto de relieve la doctrina “ Por un lado, cambia la concepción de la relación entre el Estado y la sociedad, y por tanto, el papel de la Administración. De la Administración autoritaria se pasa a la Administración prestacional (...). Por otra parte, los ciudadanos reivindican su condición de tales y exigen más y mejores servicios, conocer los

procesos decisorios de la Administración y participar en sus decisiones”¹¹⁹ para buscar una mejor realización del interés general. Y en esta tarea es imprescindible la presencia de los administrados - que ostentan la condición de interesados - en dictar las resoluciones más adecuadas, “porque el sistema de Derecho Administrativo se explica por el juego dialéctico de dos conceptos contrapuestos: prerrogativa administrativa y garantía del particular.”¹²⁰ Y “la colaboración de los administrados es una de las grandes metas que esta Ley se propone”¹²¹.

Pero no solo los artículos 76 y 77 piden que la Administración no sea un conjunto indescifrables de personas que bajo el nombre de órgano actúen en todo anonimado. Aquí se requiere que el procedimiento sea puesto bajo un funcionario responsable que vigile su tramitación y se haga cargo de adoptar las medidas oportunas para que no sufra retraso, proponiendo lo conveniente para eliminar toda anomalía en la tramitación de expedientes y en el despacho con el público¹²². El artículo 76 además asume mucha importancia en los casos de los procedimientos formalizados. El Tribunal Supremo en la sentencia núm. 13724 de 12 de febrero de 1986 Sección 1ª, (ponente F. GONZÁLEZ NAVARRO) una vez por todas pone de manifiesto con claridad la función de los trámites previstos en el Capítulo II del Título VI de la LPA: “En el Ordenamiento español es posible distinguir, con toda claridad a partir de la Ley de 17 de julio de 1958, norma preconstitucional de singular relieve por su calidad técnica y que aún hoy constituye la cabecera del correspondiente grupo normativo, dos tipos de procedimientos administrativos: aquellos cuya tramitación viene preestablecida por el Derecho positivo (y que por eso se les ha podido llamar «procedimientos formalizados») y aquellos otros en que se deja en libertad al instructor para

¹¹⁹ J. TORNOS MAS, *Prologo*, en J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y el ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, 2001, pág. 21.

¹²⁰ F. GONZÁLEZ NAVARRO, *ob. cit.*, pág. 597.

¹²¹ L. LÓPEZ RODÓ, *Directrices de la ley de procedimiento administrativo*, *ob. cit.*, pág. 21.

¹²² Como tendremos ocasión de ver más adelante, la Ley italiana núm. 241 de 1990 en el artículo 8 let. c) se preocupa de dar efectividad a este precepto y obliga a la administración pública a comunicar a los interesados “el despacho y la persona responsable del procedimiento”.

fijar la tramitación (que son la mayoría de los procedimientos que se emplean y que se les designa como «procedimientos no formalizados»). Precisamente el *titulo IV de la Ley citada* lo que contiene no es un procedimiento tipo – que pudiera equipararse al «mayor cuantía civil» -, sino un arsenal de herramientas procesales a disposición del instructor que las utilizará, según convenga en cada caso, o según, la norma aplicable se lo imponga en otros. Es así como el legislador de 1958 solucionó inteligentemente el arduo problema de establecer una regulación general del procedimiento administrativo en que pudieran tener cabida el sinfín de actuaciones de la Administración Pública. En aquellos casos en que el procedimiento aparece preestablecido o formalizado, el orden ritual prescrito en la norma se impone al instructor del procedimiento que ve de esta manera como imperativamente se le marca el cauce que ha de seguir para el ejercicio de las potestades de que está dotada la Administración. Y esto no por puro capricho, sino porque en esos casos, se ha considerado necesario acentuar el rigor de la forma afirmando junto a la idea de eficacia la de garantía. Cuando se trata de ejercitar la potestad sancionadora, el más exquisito cuidado en la observancia de la forma se impone. Porque es la potestad sancionadora de la Administración, potestad sumamente grave y temible cuyo ejercicio, como el de la potestad punitiva general del Estado, debe verse rodeada de las máximas cautelas.”¹²³

La idea que en esta sede interesa fijar es que al instructor la ley demanda una tarea muy importante dado que “hay casos en que el fin que persigue la actuación administrativa ha de lograrse siguiendo un cauce ritual diseñado por el legislador, el cual ha indicado en qué orden y en qué momento han de realizarse todos y cada uno de los trámites que integran el procedimiento de que se trata (procedimientos formalizados), mientras que hay otros muchos en que el fin público a alcanzar no tiene legal ni reglamentariamente señalado el camino, sino que éste lo fija en cada caso el instructor del procedimiento, atendiendo las

¹²³ Sentencia citada en F. GONZÁLEZ NAVARRO, *ob.cit.*, págs. 612-613;

ideas de simplicidad, eficacia y garantía (procedimiento no formalizado).”¹²⁴ Y en esta tarea el instructor regulará su andadura a través de aquellos trámites que repunte necesarios para lograr el fin. La LPA en estos casos es “a modo de un depósito de instrumental jurídico en el que el instructor pueda encontrar siempre la herramienta que necesite. De manera que utilizará todas, algunas, o una sola, según las exigencias de cada caso”¹²⁵. Sin embargo la discrecionalidad del cual goza el instructor en los procedimientos no formalizados debe siempre “dejar constancia indubitada de lo actuado y para evitar perjuicios a las partes o terceros”¹²⁶.

El mérito innegable del legislador español de 1958, como ha apuntado GONZÁLO NAVARRO, ha sido “concebir la correspondiente ley cabecera de grupo de un arsenal de las posibles herramientas procesales necesarias para la obtención de los fines asignados a la Administración en un momento dado, cualesquiera que éstos puedan ser. Que el correspondiente cauce procesal se halle o no formalizado (...) Como ley cabecera de grupo normativo, la LPA se limitó a fijar las reglas esenciales que sirven para orientar, preservar y economizar aquél.”¹²⁷ Esta concepción se ha mantenido también bajo la Ley de 1992.

2.2.2 Las tareas del funcionario instructor responsable del procedimiento.

Las normas contenidas en los artículos 76 a 93 nos dicen que no solo el instructor es responsable de los retrasos y anormalidades en la tramitación, sino que su función es también aquella de enderezar a colaborar y preparar el acierto en la resolución, o sea formular una propuesta de resolución al organo competente en dictar la misma. Lo que el funcionario instructor tiene que hacer son los actos de instrucción, o sea según el dictado del artículo 81 apartado 1 LPA los actos: “adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos, en virtud de los cuales deba pronunciarse resolución.”

Y que, como ha señalado el apartado V de la Exposición de Motivos:

¹²⁴ *Ibid.*;

¹²⁵ *Ibid.*.

¹²⁶ *Ibid.*, pág. 614.

¹²⁷ *Ibid.*, pág. 618.

“constituyen, si duda alguna, los más importantes del procedimiento en cuanto tienden a proporcionar al organo decisorio los elementos de juicio necesarios para una adecuada resolución.”

El legislador sin embargo tiene a precisar que:

“Ello no implica que en todo procedimiento se den todos los actos de instrucción regulados en la Ley, pues en muchos casos bastarán las alegaciones aducidas por el interesado en su escrito inicial para que la Administracion, sin más tramite, dicte la resolucio[n] procedente. Los interesados podran aducir alegaciones en cualquier momento del procedimiento”¹²⁸.

La LPA no regula la iniciación, ordenación, instrucción y terminación como fases preceptivas, sino como tipos de actuaciones que podrán darse o no en cada caso. Por lo tanto es el funcionario instructor el que debe evaluar en cada caso si la naturaleza y exigencias del procedimiento de que se trate tendría que darse o no en aquella fase.

El instructor del procedimiento en cuanto titular de la tarea de formular una propuesta de resolución debe colaborar y preparar el acierto en la resolución y en este sentido goza de una cierta discrecionalidad.

Las distintas actividades que puedan ser desarrolladas por el funcionario instructor responsable del procedimiento pueden ser distinguidas – según la sistematización dada por GONZÁLEZ NAVARRO¹²⁹ - en tres clases: i) Actividades de aportación de datos, que incluya las alegaciones de los interesados y las informaciones públicas a lo que se refieren los artículos 81¹³⁰, 83¹³¹, 87¹³² y

¹²⁸ Exposición de los motivos, Apartado V, Ley de 17 de julio de 1958.

¹²⁹ F. GONZÁLEZ NAVARRO, *ob. cit.*, págs. 604-605.

¹³⁰ Art. 81 “La Administración desarrollará de oficio o a petición del interesado los actos de instrucción adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos, en virtud de los cuales deba pronunciarse resolución. En todo caso deberán efectuarse de oficio tales diligencias cuando el contenido de la resolución tenga relevancia inmediata para el interés público.”

¹³¹ Art. 83 “Los interesados podrán en cualquier momento del procedimiento y siempre con anterioridad al trámite de audiencia, aducir alegaciones que serán tenidas en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución.”

¹³² Art. 87 “El órgano al que corresponda la decisión del procedimiento cuando la naturaleza de éste lo requiera o afecte a sectores profesionales, económicos o sociales organizados corporativamente, podrá acordar un periodo de información pública.

A tal efecto se anunciará en el Boletín Oficial del Estado, en el de la provincia respectiva, o en ambos, a fin de que cuantos tengan interés en el asunto puedan examinar el expediente, o la parte del mismo que se acuerde, en la Oficina en que se encuentre y aduzcan lo que estimaren procedente en un plazo no inferior a veinte días.”

Según LOPEZ-NIETO y MALLO la tarea de proponer al órgano decisor la apertura de un periodo de información pública debería corresponder al funcionario instructor cuando así lo estime oportuno. Véase F. LOPEZ-NIETO y MALLO, *Manual de procedimiento administrativo*, Barcelona, 1978, pág. 140.

91¹³³; y que “introducen en el procedimiento datos fácticos o jurídicos, que pueden servir de fundamento a la resolución, e incluye en ellas alegaciones de introducción, alegaciones de fijación y alegaciones conclusivas.”¹³⁴. La segunda clase está representada por el artículo 88.1¹³⁵ en relación con las ii) actividades de comprobación de datos “dirigidas a provocar el convencimiento sobre la certeza de los datos aportados.”¹³⁶. En fin la tercera clase está representada por todas aquellas iii) actividades de tipo mixto que incluye los informes o pareceres – de carácter preceptivo o facultativo; vinculantes o no - que emiten los funcionarios, autoridades u organismos distintos de aquellos a quienes corresponde dictar la resolución o propuesta de resolución de los órganos administrativos que podrían servir sea para aportar datos, sea para comprobarlos, sea incluso para proporcionar elementos de juicio para conseguir dictar una resolución acertada (arts. 82¹³⁷, 84-86¹³⁸).

Para acabar con el tema de las tareas del funcionario responsable del procedimiento, él tiene también el deber del respeto de los requisitos de las notificaciones administrativas, así como nos indica el artículo 79¹³⁹.

¹³³ Art. 91 “Instruidos los expedientes, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

La audiencia será anterior al informe de la Asesoría Jurídica o al dictamen del Consejo del Estado.

Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.”

¹³⁴ F. LOPEZ-NIETO y MALLO, *ob. cit.*, pág. 136.

¹³⁵ Art. 88.1 “Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba.”

¹³⁶ F. LOPEZ-NIETO y MALLO, *ob. cit.*, pág. 136.

¹³⁷ Art. 82 “Si existieran varios interesados se podrá, a través de oportunas reuniones, reducir al mínimo las discrepancias sobre las cuestiones de hecho o de derecho, levantándose sucinta acta del resultado de la reunión firmada por los interesados.”

¹³⁸ Art. 84 “A efectos de la resolución del expediente se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales, y los que se juzguen absolutamente necesarios para acordar o resolver citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos.

En la petición de informe se concretará el extremo o extremo acerca de los que se solicita el dictamen.”

Art. 85 “Los informes pueden ser preceptivos o facultativos; vinculantes o no vinculantes.

Salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes.”

Art. 86 “Los informes serán sucintos y no se incorporará a su texto el extracto de las actuaciones anteriores ni cualquier otro dato que ya figure en el expediente.

Los informes serán evacuados en el plazo de diez días, salvo disposición que permita otro mayor, que en ningún caso excederá de dos meses.

De no recibirse el informe en el plazo señalado, podrán proseguirse las actuaciones sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el funcionario culpable de la demora.”

¹³⁹ Art. 79 “Se notificarán a los interesados las resoluciones que afecten a sus derechos o intereses.

2.2.3 Otras disposiciones de la LPA.

Para completar el cuadro recordamos que la Ley al artículo 92 establece que:

“Pondrán fin al procedimiento administrativo la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la instancia y la declaración de caducidad.”,

con el que se aprende que la Ley de procedimiento administrativo de 1958 obliga en principio a la administración en dictar una resolución expresa. Sin embargo aunque la resolución expresa sea considerada la terminación normal del procedimiento (artículo 93), la LPA prevee también que el procedimiento pueda terminar sea a través el silencio negativo o desistimatorio (artículo 94):

“Cuando se formulara alguna petición ante la Administración y ésta no notificase su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá denunciar la mora y transcurridos tres meses desde la denuncia podrá considerar desestimada su petición”

y por lo tanto el interesado tendrá derecho a recurrir frente al juez, sea a través el silencio positivo u estimatorio (artículo 95), cuando:

“sin denuncia de mora, así establezca por disposición expresa o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores. Si las disposiciones legales no previeran para el silencio positivo un plazo especial, éste será de tres meses a contar desde la petición.”.

Por último como modos especiales de terminación del procedimiento la Ley regula también el desistimiento, la renuncia y la caducidad (artículos 96-99).

La LPA sigue regulando también la ejecución de la resolución (artículo 100); revisión de los actos en vía administrativa (artículos 109 y ss); recursos administrativos (artículos 113 y ss.); suspensión de los actos administrativos cuando se interpone un recurso (artículo 116); procedimientos especiales para la elaboración de disposiciones de carácter general, el sancionador –

Toda notificación se practicará en el plazo máximo de diez días, a partir de la resolución o acto que se notifique, y deberá contener el texto íntegro del acto, con la indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa y, en su caso, la expresión de los recursos que contra la misma procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen pertinente.

Las notificaciones defectuosas surtirán sin embargo, efectos a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado o se interponga el recurso pertinente.

Asimismo surtirán efecto por el transcurso de seis meses las notificaciones practicadas personalmente al interesado que, conteniendo el texto íntegro del acto, hubieran omitido otros requisitos, salvo que se hubieran hecho protesta formal dentro de este plazo en solicitud de que la Administración rectifique la deficiencia.”

donde como veremos aquí el artículo 135 que prevé claramente el nombramiento del instructor - y el de las reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles y laborales (artículos 129 y ss.).

La disposición final Quinta de la LPA preveía que:

“El Gobierno a la vista de los datos y resultados que suministre la experiencia en la aplicación de la presente Ley, promoverá cada tres años las reformas que convenga introducir.”

Esta revisión tuvo lugar solamente una sola vez, en 1963, porqué la LPA ha sido considerada una Ley de principios en sus líneas generales y durante todo su tiempo de vigencia se ha venido comprobando lo que ya era previsible en el momento de su aplicación y por lo tanto su construcción técnica no ha suscitado grandes dudas o problemas en la práctica.

Sucesivamente con la Ley de 2 de diciembre de 1963 se retocaron – aunque según la doctrina no hacía falta - los artículos 10, 34, 66, 70, 77, 94, 110, 116, 117, 122 y 142, que pero no variaron la líneas básicas de la LPA. Por eso la doctrina habla de «meros retoques»¹⁴⁰.

Conviene apuntar que en España la existencia de una Ley sobre el procedimiento administrativo no ha permitido a la jurisprudencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo jugar un papel principal en la creación de una disciplina normativa en materia de procedimiento administrativo¹⁴¹. A diferencia de Italia, que ha carecido de una Ley hasta 1990 y donde la jurisprudencia - y la doctrina - ha sido fuente creativa y supletoria de disciplina en materia de procedimiento administrativo, en España la jurisprudencia se ha limitado a la interpretación y aplicación de la LPA. En cambio para la doctrina la promulgación de la LPA ha sido motivo permanente de reflexión doctrinal y comentario¹⁴².

En cambio después la promulgación de la Constitución - y tras la cual la LPA permaneció vigente durante catorce años - la jurisprudencia ha podido manifestar un papel menos modesto¹⁴³.

¹⁴⁰ Vid., F. GONZÁLEZ NAVARRO, *ob. cit.*, pág. 590; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, pág. 108; A. GUAITA, *La revisión de la Ley de procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, págs. 10-11.

¹⁴¹ Vid., F. LÓPEZ MENUÑO, Los principios generales del procedimiento administrativo, en *Revista de Administración Pública*, núm. 129, Septiembre-Diciembre, 1992, pág. 21.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ *Ibid.*

Con la Constitución se redefinieron los papeles de los dos sujetos del procedimiento: los ciudadanos con sus derechos constitucionalmente garantizados, y la Administración, con la asignación constitucional a sus órganos y entes públicos de unos objetivos. El principal el de eficacia. Pero no exclusivamente. La Constitución inaugura también una transformación territorial con la creación de las Comunidades Autónomas. Entonces el procedimiento administrativo común estaba insertado no solo en el engranaje de los derechos individuales de los ciudadanos, sino también en las especialidades derivadas de la existencia de las Comunidades Autónomas. En este punto era necesaria una reforma de la LPA que hasta 1992 no vio la luz.

De la tarea de colmar las lagunas e insuficiencias más relevante entre la LPA vigente y el nuevo orden constitucional se ha encargado el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia, permitiendo una nueva lectura de la LPA en clave de progresiva reinterpretación de sus preceptos que ha favorecido también el horizonte de la nueva Ley de 1992 sobre el procedimiento administrativo.

CAPÍTULO III: INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE 1958 Y LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE 1992 COMO ÚLTIMA ETAPA DE LA EVOLUCIÓN DEL MISMO EN ESPAÑA.

Introducción.

Queda sentado por la doctrina que la aparición de la Constitución de 1978 y la consagración en ella del «Estado social y democrático de Derecho» incide decisamente en la Administración pública introduciendo un nuevo nivel normativo supraordenado con la consiguiente proclamación de principios, de derechos y de deberes que ella misma contiene¹⁴⁴.

De forma directa, las únicas referencias al procedimiento administrativo en la Constitución aparecen en los artículos 149.1.18 y 105. Más específicamente, el artículo 105.c) establece un mandato al legislador para que regule el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos. El artículo 149.1.18.a), por otro lado, reserva en exclusiva al Estado la competencia en materia de procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas. O sea la competencia para regular cada procedimiento especial se reparte entre el Estado y las Comunidades Autónomas en función de la titularidad sobre la materia concreta de que se trate. Se produce, así, una división entre el procedimiento administrativo común, de competencia estatal y el resto de los procedimientos especiales cuya competencia depende de la materia de que se trate.

¹⁴⁴ Véase por todos la abundante bibliografía citada en la nota núm. 1 de la obra de J.J. DIEZ SANCHEZ, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, ed. Civitas, 1992, pág. 25.

1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA CONSTITUCIÓN.

La Constitución de 1978 establece algunos principios que han de preservarse en el procedimiento administrativo común¹⁴⁵.

En relación a la actuación administrativa el conjunto de los artículos 9.1 y 103.1 CE consagran el principio del sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho (principio de legalidad), y el artículo 103.1 CE pone de manifiesto que la Administración debe actuar según los principios de eficiencia, eficacia y economía, y servir con objetividad los intereses generales.

La misma LPA, en el artículo 76 tenía previsto un régimen consecuente para garantizar, en parte, el cumplimiento administrativo de las exigencias ínsitas a su eficacia:

“Los Jefes o funcionarios que tuvieren a su cargo el despacho de los asuntos serán responsables de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para que no sufran retraso, proponiendo lo conveniente para eliminar toda anormalidad en la tramitación de expedientes y en el despacho con el público.”

Contra los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados u omisión de trámites, los artículos 77.1 y 5, y 94.3 LPA ofrecían la vía de interposición de una reclamación en queja, la cual si es estimada podrá dar lugar, si hubiese razones para ello, a la responsabilidad personal y a la incoación de expediente disciplinario contra el funcionario responsable de la infracción denunciada.

¹⁴⁵ Sin entrar en detalles sobre el tema, para un estudio sobre esta cuestión véase la bibliografía específica: M. ALVAREZ RICO, *Principios constitucionales de organización de las Administraciones públicas*, Madrid, 1986; A. MARTÍNEZ MARÍN, *Derecho administrativo. La organización administrativa*, Madrid, 1986; F. GARRIDO FALLA, *La administración pública después de la Constitución*, 1989. Del mismo autor véase también *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 2001; . G.FERNÁNDEZ FARRERES, Os códigos de bo goberno das administracións públicas, *Administración & cidadanía: revista da Escola Galega de Administración Pública*, Vol. 2, nº. 2, 2007, págs. 25-44; G.FERNÁNDEZ FARRERES, Constitución, ordenamiento jurídico administrativo y configuración de las administraciones públicas, *Cuadernos de derecho judicial*, nº 12, 2013 (Ejemplar dedicado a: Constitución y control de la actividad administrativa / José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat (dir.)), págs. 29-60; M. CARLÓN RUIZ, El control de la potestad reglamentaria, *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* / Antonio Ezquerro Huerva (dir.), Javier Oliván del Cacho (dir.), 2014, págs. 395-460; G.FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho administrativo*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2014.

Ahora conviene analizar brevemente lo que dice la Constitución en el tema del procedimiento administrativo y los principios al mismo aplicables.

1. 1 Los criterios de eficiencia, de economía, de objetividad y de eficacia.

Indirectamente sobre el tema del procedimiento administrativo en primer lugar conviene señalar como la Constitución en materia de funcionamiento de las Administraciones públicas en los artículos 31.2 y 103.1 consagra en el nivel constitucional los criterios de eficiencia, de economía, de objetividad y de eficacia, a los cuales se somete la Administración en el ejercicio de sus funciones; y dichas funciones son el servicio del interés general. En el desarrollo de esta tarea la Administración está sometida plenamente a la ley y el Derecho:

“El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de *eficiencia y economía*.” (artículo 31.2 CE)¹⁴⁶.

“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de *eficacia*, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, *con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*.” artículo 103.1 CE)¹⁴⁷.

Señala LÓPEZ MENUDO que el deber de servir los intereses generales encomendado a la Administración obliga a la misma “a adoptar una posición activa en el procedimiento eliminando la posibilidad de que los interesados dispongan sobre el mismo. Son sus manifestaciones más conocidas: el mandato de que «el procedimiento se iniciará de oficio en todos sus trámites» (artículo 74.1 LPA); la responsabilidad de los funcionarios por los retrasos en la tramitación (artículo 76 LPA); el principio de la impulsión de oficio de los actos de instrucción y de los informes y pruebas (artículo 81 LPA); la adopción de medidas provisionales – también concurre aquí el principio de eficacia – para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer (artículo

¹⁴⁶ La cursiva es mía.

¹⁴⁷ La cursiva es mía.

72); el deber de la Administración de dictar en todo caso una resolución expresa (artículo 94 LPA).”¹⁴⁸

Como consecuencia del artículo 103.1 CE, el artículo 105 CE - que de forma directa se ocupa del procedimiento administrativo - establece que:

“La Ley regulará:

- a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.
- b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.
- c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.”

1.2 El derecho de participación.

La Constitución española reconoce en el artículo 105 un derecho general de participación de los ciudadanos en la elaboración de disposiciones administrativas y actos administrativos que les afecten, antes reconocida solamente a los interesados en sentido técnico, aunque esta garantía de participación no debe entenderse como un cauce democratizador dado que esta finalidad no es propia del procedimiento administrativo. En otras palabras “la democratización implica pluralismo y consustancial a ella es el pluralismo político, que debe jugar un rol secundario o marginal en el nivel del procedimiento. La esencia de un sistema democrático corresponde a otros poderes y a otros momentos (...)”¹⁴⁹.

¹⁴⁸ F. LÓPEZ MENUDO, Los principios generales del procedimiento administrativo, en *Revista de Administración Pública*, núm. 129, Septiembre-Diciembre 1992, págs. 55-56.

¹⁴⁹ J.J. DIEZ SANCHEZ, *ob. cit.*, pág. 34.

El mismo Tribunal Constitucional con las sentencias de 11 de octubre de 1982 y de 11 julio 1983, sostuvo que dentro de los intereses legítimos entran no solo los intereses directos, sino también los indirectos¹⁵⁰ y los comunes “es decir, aquellos en que la satisfacción del interés común es la forma de satisfacer el de todos y cada uno de los que componen la sociedad, por lo que puede afirmarse que cuando un miembro de la sociedad defiende un interés común sostiene simultáneamente un interés personal o, si se quiere, desde otra perspectiva, que la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común.”¹⁵¹. Sin embargo la tutela de los intereses difusos no puede extenderse hasta “institucionalizar la democracia procedimental como medio para que personas o grupos condicionen la acción administrativa con la defensa de intereses personales, sectoriales o profesionales, que obstaculicen la realización del interés general”¹⁵², esta última finalidad propia de la acción administrativa.

Para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ la mención en la Constitución del derecho de participación constituye la “la proyección más novedosa que la nueva Constitución aporta en materia de procedimiento administrativo”¹⁵³, o sea que “junto a la legalidad y a la eficacia, que han sido tradicionalmente los valores que desde hace ya un siglo han venido informando nuestras leyes de procedimiento administrativo, hay que situar ahora, en idéntico nivel, el valor participación, que, lejos de desmerecer o disminuir aquéllos, está llamado a potenciarlos.”¹⁵⁴

El derecho a la participación señala ORTEGA ÁLVAREZ “tiene como efecto positivo una colaboración entre las instituciones y la sociedad y una atenuación de los conflictos jurídicos al posibilitar un funcionamiento administrativo dentro del acuerdo”¹⁵⁵ teniendo presente aún la multitud de fines públicos que debe cumplir la Administración pública y que no pueden realizarse

¹⁵⁰ Tribunal Constitucional, sentencia 60/1982 Sala segunda, de 11 de octubre de 1982.

¹⁵¹ Tribunal Constitucional, sentencia 62/1983 Sala primera, de 11 de julio de 1983.

¹⁵² J.J. DIEZ SANCHEZ, *ob. cit.*, pág. 34.

¹⁵³ T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los principios constitucionales del procedimiento administrativo*, en AA.VV., *Gobierno y Administración en la Constitución*, Madrid, 1988, t. I, págs. 105-106.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Constitución y reforma administrativa en España*, en *Parlamento y Constitución*, núm. 2, 1998, pág. 54.

simplemente recurriendo a la coacción pública. Sin embargo, añade DIEZ SANCHEZ, aunque “en el procedimiento administrativo deben participar e intervenir los ciudadanos a través de cauces menos restrictivos de los que en la actualidad se hallan previstos en la LPA”, esto no comporta la configuración del procedimiento “sobre los esquemas de participación propios de la democracia y de la representación política.”¹⁵⁶

La colaboración de los ciudadanos a través de su participación en la vida administrativa tiene como consecuencia también el derecho a acceder a los archivos y registros administrativos, sea para informarse sobre las disposiciones administrativas que la Administración pública entiende elaborar, sea – en el caso de la producción de resoluciones administrativas – para mejor defenderse.

En fin, el artículo 105 letra c) prevé el deber de seguimiento de un procedimiento debido, o sea, como señala PONCE SOLÉ “el desarrollo de la precisa actividad procedimental”¹⁵⁷ que comprende el respeto de “los derechos de los interesados y dará cumplimiento al deber de buena administración, ajustando esa actividad a los principios e instituciones procedimentales previstos en la normativa, los cuales traducen, como ya nos consta, los principios constitucionales de actuación administrativa.”¹⁵⁸

¹⁵⁶ J.J. DIEZ SANCHEZ, *ob. cit.*, pág. 35.

¹⁵⁷ J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Valladolid, 2001, pág. 641.

¹⁵⁸ *Ibid.*.

Conviene añadir que a lo largo de la CE hay diversos preceptos que de forma más o menos directa inciden sobre la vigente regulación del procedimiento administrativo: un estudio de LÓPEZ MENUDO recoge todos estos principios y los ordena en dos grupos: 1º Principios constitucionales que tienen una operatividad directa e inmediata sobre el procedimiento, dentro del cual incluye el art. 105.c (Exigencias del procedimiento); art. 9.3 (Principio de legalidad y principio de interdicción de la arbitrariedad); art. 14 (principio de igualdad); art. 103.1 (principio de objetividad); art. 103.3 (principio de imparcialidad). 2º Principios que son traducción de principios constitucionales y que operan sobre el procedimiento administrativo y que a su vez son susceptibles de dar lugar a otros principios: a) Principios de no indefensión y de presunción de inocencia (art. 24 CE 1 y 2), y que dan lugar a otros principios como el principio de la recurribilidad universal de los actos; el principio de la interpretación más favorable al ejercicio de las acciones; el principio de subsanabilidad de los actos; el principio de contradicción; principio de publicidad y principio de gratuidad. b) Principio de la tutela del interés público encomendada a la Administración y principio de eficacia (art. 103.1 CE). Este último principio encuentra una particular materialización en los principios de celeridad y economía procedimentales introducidos por la LPA en el artículo 29, que a su vez se traducen en el deber de unidad del expediente cuando se trate de autorizaciones o concesiones en las que deben intervenir dos o más sujetos ministeriales con facultades decisorias; el deber de comunicación directa de los órganos administrativos entre sí y con los interesados (art. 78); celebración de reuniones tendentes a reducir las discrepancias de los interesados (art. 82); previsión de plazos, etc.. Pero también – como hemos visto en capítulo sobre la LPA – este principio de eficacia se materializa en la elección antiformalista de los medios de prueba y de los actos de instrucción. Además hay un principio que aunque la doctrina administrativista no

Concluyendo sobre el tema de la participación podemos afirmar que la Constitución ha recibido la temática de la participación procedimental, sea en sentido técnico de legitimación (que tiene su base en su condición de titular de derechos e intereses legítimos propios que pueden verse afectados por la decisión administrativa), sea en sentido más amplio como un instituto “cuya finalidad es eliminar o contribuir a eliminar la separación entre el Estado y la sociedad”¹⁵⁹ en la realización del interés general el cual no es patrimonio de la exclusiva competencia del Estado o del poder ejecutivo. Dicha realización del interés general se produce a través de la colaboración entre estos dos sujetos: el Estado y los portadores de intereses colectivos diversos interesados en el curso de la elaboración de la decisión, los cuales pueden intervenir en el procedimiento administrativo haciendo valer o defender intereses sociales o societarios.

El artículo 105.c) CE, al disponer que

“la Ley regulará: c) el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”,

consagra en primer lugar a nivel administrativo el derecho fundamental a la defensa expresamente previsto en el artículo 24 CE, aunque la falta de audiencia en el procedimiento administrativo – como señala la doctrina incontrovertida del Tribunal Constitucional – es “sólo contraria al art. 105 c) de la Constitución, donde sólo se exige la audiencia, «cuando proceda», pues las exigencias del art. 24 no son trasladables sin más a toda tramitación administrativa” (STC 68/1985 de 27 de mayo y STC 175/1987 de 4 de noviembre). Y por lo tanto “debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la indefensión ha de ser entendida como una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, por lo que no puede ser alegado el art. 24.1 de la Constitución frente a actuaciones de la Administración (STC 175/1987 de 4 de noviembre).

lo considera intimamente ligado a la Constitución, es un valor del ordenamiento jurídico en general: el principio de buena fe proclamado por la jurisprudencia (Véase F. LÓPEZ MENUDO, *ob. cit.*, págs. 51-58).

¹⁵⁹ J.J. DIEZ SANCHEZ, *ob. cit.*, pág. 155.

La LPA regulaba de forma expresa y con carácter preceptivo general la audiencia en el procedimiento, especificando el momento, forma, plazo y sujetos a los que debe concederse, así como la excepción a su aplicación (art. 91 y por conexión con él véase también los artículos 117.3 y 119). La LPA establecía la audiencia, una vez instruidos los expedientes “e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución”.

1.3 El principio de imparcialidad y de publicidad.

Directamente vinculado al derecho de participación encontramos el principio de imparcialidad y el principio de publicidad.

El principio de imparcialidad debe guardar en la actuación administrativa y está asegurado por el principio contradictorio¹⁶⁰, que además de la imparcialidad asegura también el derecho de defensa consagrado en el artículo 24 CE.

El principio de publicidad consagrado por la CE en artículo 105.b):

“b. El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.”

es dirigido intrínsecamente a satisfacer la transparencia en la actuación administrativa.

El Tribunal Supremo en su Sentencia 2276 de 16 de octubre de 1979 formula una interpretación restrictiva del principio de publicidad consagrado en el artículo 105.b) CE argumentando que dicho artículo “establece que la Ley, regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas (...). Esta Sala, (...) sin desconocer el superior rango que dentro de la jerarquía normativa tienen los preceptos constitucionales, sin embargo, cuando éstos son declaratorios de principios básicos y la propia norma constitucional

¹⁶⁰ El principio contradictorio quedaba reflejado en la LPA fundamentalmente en los artículos 23 y 26 que reconocían la participación en el procedimiento a los que lo promuevan y de los interesados en sentido técnico-jurídico.

expresamente dispone que «una Ley» regule el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos indudablemente se está manifestando, por el propio legislador que para la aplicación de tal principio constitucional se requiere de preceptos complementarios que lo desarrollen y limiten, porque todas las normas declarativas de principios básicos precisan de una reglamentación complementaria, de desarrollo y aplicación concreta”. El TS termina diciendo que “puede predicarse del principio de publicidad que consagra el art. 105 de la Constitución que exige de una Ley que lo regule, y, mientras ésta no se elabore y publique, no se puede situar a la Administración frente a una laguna legal, debará resolver la situaciones jurídicas que se produzcan, pues, la actividad administrativa, ha de estar en todo momento sometida al Ordenamiento Jurídico preestablecido, por lo que mientras esa Ley de desarrollo que enuncia el texto constitucional no exista, sigue siendo aplicable la Ley de Procedimiento Administrativo, de 1958, de no estimarlo así se quebrantarán los principios fundamentales en todo Estado de Derecho el de la certeza en Derecho y la Seguridad jurídica”.

1.4 El principio de cooficialidad lingüística.

Unido al tema de la participación se encuentra también el principio de cooficialidad lingüística consagrado en el artículo 3 CE.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 82 de 26 de junio de 1986 El Tribunal Constitucional después de haber subrayado que el castellano es la lengua oficial de la nación española¹⁶¹, precisa que “en los territorios donde exista la utilización de una u otra lengua” la

¹⁶¹ “la Constitución de 1978 reconoce la realidad plurilingüe de la Nación española y, viendo en ella un valor cultural no sólo asumible, sino también digno de ser promovido, obtiene de dicha realidad una serie de consecuencias jurídicas en orden a la posible atribución de carácter oficial a las diversas lenguas españolas, a la protección efectiva de todas ellas y a la configuración de derechos y deberes individuales en materia lingüística. (...). Según el núm. 1 del art. 3 de la Constitución, el castellano es la lengua española oficial del Estado, y entendiéndose obviamente aquí por «Estado» el conjunto de los poderes públicos españoles, con inclusión de los autónomos y locales, resulta que el castellano es lengua oficial de todos los poderes públicos y en todo el territorio español. (...) al añadir el núm. 2 del mismo art. 3 que las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas, se sigue asimismo,

Constitución reconoce “implícitamente el derecho a usar las dos lenguas cooficiales en la correspondiente Comunidad o parte de ella”.

1.5 El derecho a presentar las pruebas y alegaciones.

En conexión estricta con el derecho y la finalidad de la participación encontramos además el derecho a presentar las pruebas (y alegaciones) pertinentes, que para el Tribunal Constitucional es “ciertamente, una de las garantías que, constitucionalizada en el art. 24.2, podrá sustentar un amparo si se produce una denegación de prueba que haya provocado indefensión; podrá argüirse con algún fundamento que se produce indefensión cuando la no realización de la prueba por su relación con los hechos a los que anudar la condena o la absolución, u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la Sentencia en favor del recurrente”¹⁶². Postura reiterada sucesivamente cuando afirma que: “En cuanto al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, es doctrina reiterada de este Tribunal que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado. Y en concreto, en lo que a medios de prueba se refiere, este Tribunal ha reconocido que, pese a no ser enteramente aplicable el art. 24.2 a los procedimientos administrativos sancionadores, el derecho de expedientado a utilizar pruebas para su defensa tiene relevancia constitucional (SSTC 2/1987, 190/1987 y 192/1987), si bien declara también que ni siquiera en el proceso penal, donde sería plenamente aplicable el precepto citado, existe un derecho absoluto e incondicionado al uso de todos los medios de prueba

que la consecuente cooficialidad lo es con respeto a todos los poderes públicos radicados en el territorio autonómico, sin exclusión de los órganos dependientes de la Administración central y de otras instituciones estatales en sentido estricto, siendo, por tanto, el criterio delimitador de la oficialidad del castellano y de la cooficialidad de otras lenguas españolas el territorio, independientemente del carácter estatal (en sentido estricto), autonómico o local de los distintos poderes públicos. En directa conexión con el carácter del castellano como lengua oficial común del Estado español en su conjunto, está la obligación que tienen todos los españoles de conocerlo, que lo distingue de las otras lenguas españolas que con él son cooficiales en las respectivas Comunidades Autónomas, pero respecto a las cuales no se prescribe constitucionalmente tal obligación. Ello quiere decir que sólo del castellano se establece constitucionalmente un deber individualizado de conocimiento, y con él, la presunción de que todos los españoles lo conocen”.

¹⁶² Tribunal Constitucional, sentencia 7 de diciembre de 1983 n. 116.

(SSTC 2/1987 e 22/1990). Lo que el art. 24.2 de la Constitución otorga al administrado, sujeto a un expediente sancionador, no es el derecho a que se pratiquen todas aquellas pruebas que tenga a bien proponer, sino tan sólo las que sean pertinentes o necesarias (STC 192/1987), ya que – como también ha declarado este Tribunal – sólo tiene relevancia constitucional por provocar indefensión la denegación de pruebas que, siendo solicitadas en el momento y la forma oportunas, no resultase razonable y privase al solicitante de hechos decisivos para su pretensión (STC 149/1987). Todo lo cual significa que no se produce una indefensión de relevancia constitucional cuando la indamisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya constitucionalidad no se pone en duda, ni tampoco cuando las irregularidades procesales que se hayan podido producir en la indamisión de alguna prueba no han llegado a causar un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa”¹⁶³.

Las pruebas y las alegaciones forman parte de los actos instructorios que la Administración en general, y el responsable del procedimiento en particular, de oficio o a instancia de parte, está obligada a realizar para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse resolución.

Sin embargo mientras las alegaciones (reguladas por el artículo 83 LPA) tienen carácter facultativo (queda al albedrío de los interesados) y pueden aducirse en cualquier momento hasta el hasta el momento anterior a la abertura del trámite de audiencia y han de ser tenidas en cuenta por el responsable del procedimiento en la propuesta de resolución; en cambio las pruebas (reguladas por los artículos de 88 a 90 LPA) tienen por el contrario carácter preceptivo para el responsable del procedimiento – aunque no medie petición de los interesados – cuando él no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados y cuando la naturaleza del procedimiento lo exija. Sin embargo la doctrina reiterada del Tribunal Supremo reconoce al responsable del procedimiento administrativo una amplia libertad sobre los hechos que se pretenden probar y sobre si son o no

¹⁶³ Tribunal Constitucional, sentencia 20 de diciembre de 1990, n. 212.

pertinentes los medios de prueba propuestos por los interesados, sin que éstos puedan imponer la práctica de pruebas que áquello no considere relevantes. Y al margen de la anterior prerrogativa el responsable instructor goza también de libertad para apreciar las pruebas realizadas: “En la tramitación de un expediente sancionador, no es misión del instructor practicar las pruebas que se solicitan, sean las que fuesen, sino tan sólo las que conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a determinar las responsabilidades susceptibles de sanción”¹⁶⁴. Por lo tanto el responsable instructor está facultado en desestimar pruebas inútiles o innecesarias, y además en discernir si las pruebas son de utilidad para el esclarecimiento de los hechos¹⁶⁵.

El art. 81 LPA establecía el principio de libertad de los medios de prueba.

El artículo 48 LPA preveía que el inculcamiento del trámite de prueba fuera susceptibles de generar la nulidad cuando produzca indefensión a los interesados: por ejemplo en el caso que la prueba sea preceptiva o también en el caso de indamisión de pruebas solicitadas que resulten relevantes o necesarias.

1.6 El sistema de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de legislación sobre el procedimiento administrativo.

La Constitución española diseñando un orden territorial integrado por las Comunidades Autónomas con potestades de autorganización, en el tema que nos concierne atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer las bases del procedimiento administrativo que garantice a los administrados un tratamiento común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas (artículo 149.1.18ª). En este sentido la doctrina del Tribunal Constitucional: “Lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la nación, lo cual asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad

¹⁶⁴ Tribunal Supremo, sentencia 8 de mayo de 1986 n. 2305.

¹⁶⁵ Tribunal Supremo, sentencia 15 de octubre 1987, n. 16143.

Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan” (STC 1/1982, de 28 de enero).

Desde un punto de vista de técnica normativa artículo 149.1.18ª CE elige un sistema de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas (el mismo sistema lo encontramos también en Italia: Estado/Región):

“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

(...) 18.ª Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funciones que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; **el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas;** legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.”

Por lo tanto la CE reserva al Estado la promulgación de la ley orientadora de procedimiento administrativo de inmediata y directa aplicación; mientras que a las Comunidades Autónomas encomienda la complementación de aquella en los ámbitos de competencia exclusiva¹⁶⁶. Y esto por

¹⁶⁶ Apartado II Exposición de Motivos LRJPAC: “El artículo 149.1.18. de la Constitución distingue entre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, que habrán de garantizar al administrado un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.

La delimitación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas se engloba en el esquema «bases más desarrollo» que permite a las Comunidades Autónomas dictar sus propias normas siempre que se ajusten a las bases estatales. Sin embargo, respecto al procedimiento administrativo común y al sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, aunque su formulación jurídica sea la manifestación expresa y la traducción práctica para los ciudadanos de la aplicación regular del propio régimen jurídico, la Constitución las contempla como una competencia normativa plena y exclusiva del Estado.

La Ley recoge esta concepción constitucional de distribución de competencias y regula el procedimiento administrativo común, de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y fija las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa. Esta regulación no agota las competencias estatales o autonómicas de establecer procedimientos específicos *ratione materiae* que deberán respetar, en todo caso, estas garantías. La Constitución establece la competencia de las Comunidades Autónomas para establecer las especialidades derivadas de su organización propia pero además, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, no se puede disociar la norma sustantiva de la norma de procedimiento, por lo que también ha de ser posible que las Comunidades Autónomas dicten las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su derecho sustantivo, pues lo reservado al Estado no es todo procedimiento sino sólo aquél que deba ser común y haya sido establecido como tal. La regulación de los procedimientos propios de las Comunidades Autónomas habrán de respetar siempre las reglas del procedimiento que, por ser competencia exclusiva del Estado, integra el concepto de Procedimiento Administrativo Común.”

Sucesivamente es la misma disposición 1ª de la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 (que como veremos adelante modifica parcialmente la LRJPAC) que remarca este concepto: “La regulación del régimen jurídico de las

dos razones: en primer lugar porqué en la realidad en el ordenamiento español no existe un procedimiento administrativo común, sino existen varios procedimientos administrativos formalizados y no formalizados¹⁶⁷. Como señalan GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO “La expresión *bases* que emplea este artículo está designando a la cabecera de un grupo normativo horizontal”¹⁶⁸, que sirve para garantizar a los administrados un trato común ante las Administraciones públicas, y constituye – como decía la Exposición de motivos de la LPA - “un verdadero código administrativo que regula no sólo el procedimiento en sentido estricto, sino también los principios generales de organización y actuación, el régimen de los actos administrativos y situación de los interesados en el expediente”. En segundo lugar porqué, según estos Autores, “esta regulación básica del Estado, sin embargo, es perfectamente compatible con la autonómica que complementará (sic) aquella, la cual opera sobre un espacio propio, que dentro de la materia de competencia concurrente, debe quedar siempre a la comunidad autónoma.”¹⁶⁹

La razón de la inexistencia de un procedimiento administrativo común reside en la variedad de fines que tiene que lograr la Administración pública con el resultado de la imposibilidad de abarcar en un único procedimiento la mayor parte de los casos¹⁷⁰. Esto se puso de manifiesto también al promulgarse la LPA de 1958. Esta Ley, como hemos visto en el capítulo precedente, consagra la unidad procedimental como remedio a la proliferación de Reglamentos Ministeriales que siguió a la promulgación de la Ley de 1889 y que tuvo como resultado el caos normativo. La finalidad de la LPA era la de otorgar un único procedimiento común a la totalidad de las Administraciones

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común constituye una pieza clave en las relaciones de la Administración con los ciudadanos y en la satisfacción de los intereses generales a los que la Administración debe servir por mandato constitucional (103.1 CE). Ambos aspectos están interrelacionados y, dada su importancia, aparecen contemplados en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia para regular «las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas», por un lado, y directamente, por otro, el «procedimiento administrativo común». Se pretende garantizar de esta manera una igualdad en las condiciones jurídicas básicas de todos los ciudadanos en sus relaciones con las diferentes Administraciones públicas”.

¹⁶⁷ F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Cincuenta años de procedimiento administrativo en un mundo cambiante*, Madrid, 2009, págs. 609-610 y 615. En el mismo sentido J.L. PIÑAR MAÑAS, *Procedimiento administrativo y comunidades autónomas*, en AA.VV., *Gobierno y administración en la Constitución*, Madrid, 1988, t. II, pág. 1454.

¹⁶⁸ J. GONZÁLEZ PÉREZ – F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentario a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, tercera edición, pág. 105.

¹⁶⁹ *Ibid.*, pág. 119.

¹⁷⁰ F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Cincuenta años de procedimiento administrativo...*, ob. cit., págs. 615-618.

públicas. A pesar de todo, la LPA en la Exposición de Motivos es conciente de la imposibilidad material de reducir a un único procedimiento la ingente variedad de éstos que responden a los diversos sectores o materias de la actividad administrativa. Y en efecto, no solo regula ella misma tres procedimientos especiales (para la elaboración de disposiciones de carácter general, el procedimiento sancionador y el procedimiento de reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles y laborales), sino que reconoce también la vigencia de numerosos procedimientos que se apartan de sus propios mandatos por razón de la materia, limitandose en aplicar a estos últimos determinados aspectos del procedimiento común cuando la Ley especial detecta alguno de los aspectos procedimentales.

Entonces el tema que se plantea en el artículo 149.1.18º no es lo de borrar los diversos procedimientos administrativos existentes, sino el de regular la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Señala GONZÁLEZ NAVARRO que “estamos aquí en presencia de una técnica normativa de reparto de competencias entre el Estado (que se reserva la ley orientadora del grupo, que es de inmediata y directa aplicación) y las Comunidades Autónomas (a las que se encomienda complementarla con leyes autonómicas o normas reglamentarias en las materias que hayan asumido competencias exclusivas)”¹⁷¹. Por eso este Autor habla de Ley básica estatal y Ley complementaria autonómica. Y la primera prevalece sobre la segunda.

La interpretación auténtica del artículo que comentamos luce en el Apartado 2 de la Exposición de los motivos de la Ley 30/1992 sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC):

“respecto al procedimiento administrativo común (...) la Constitución lo contempla como una competencia normativa plena y exclusiva del Estado. La Ley recoge esta concepción constitucional de distribución de competencias y regula el procedimiento administrativo común, de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y fija las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa. Esta regulación no agota las competencias estatales o autonómicas de establecer procedimientos específicos *ratione materiae* que deberán respetar, en todo caso, estas

¹⁷¹ F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Cincuenta años de procedimiento administrativo...*, ob. cit., pág. 619.

garantías. (...) La regulación de los procedimientos propios de las Comunidades Autónomas habrán de respetar siempre las reglas del procedimiento que, por ser competencia exclusiva del Estado, integra el concepto del Procedimiento Administrativo Común.”¹⁷²

Antes de la LRJPAC, la doctrina dominante estimaba que con la entrada en vigor de la Constitución la LPA se convierte en norma de aplicación directa – aunque con valor de derecho supletorio al no aprobarse leyes regionales¹⁷³ que deberían siempre contener las garantías mínimas incluidas en la LPA - a todas las Administraciones Públicas, incluyendo también las Comunidades Autónomas, y ello porque el procedimiento administrativo debe ser considerado ante todo “como garantía para los particulares y garantía de la correcta actuación de la Administración dirigida al servicio objetivo de los intereses generales”¹⁷⁴. Y por eso la totalidad de las normas contenidas en la LPA, deben entenderse como base del régimen jurídico de las Administraciones Públicas que garantiza a los administrados el tratamiento común ante ellas¹⁷⁵.

La entrada en vigor de la Constitución puso de manifiesto la consagración de los principios que deben presidir e informar la actuación administrativa, y la protección y tutela efectiva de las garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos. Por eso la doctrina tuvo que preguntarse si la LPA, siendo una norma preconstitucional, necesitaba de adaptaciones derivadas del nuevo orden instaurado por la CE.

Como denunció PIÑAR MAÑAS, un “análisis más detenido nos hará caer en la cuenta de que algunas modificaciones necesarias son realmente sustanciales y su no actuación hasta el momento

¹⁷² Los autores GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS, a la pregunta ¿Cuál es, entonces, el significado de la atribución por la Constitución al Estado de la competencia sobre el llamado procedimiento administrativo común?, contestan: “Aunque en este punto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es muy clara, debe entenderse que la finalidad institucional de este título competencial consiste en que el Estado debe regular, no ya un procedimiento de universal aplicación-, pero tampoco unas simples reglas generales y por ello dispositivas, es decir, aplicables a falta de disposición específica –tal como ocurrió con la Ley de Procedimiento de 1958-, sino establecer el *núcleo de garantías mínimas que aseguren a los administrados un tratamiento común* ante todas las Administraciones Públicas, en cualquier tipo de procedimiento –art. 149.1.18 CE-. De este modo, el llamado «procedimiento administrativo común» no es en realidad un procedimiento en sentido propio, sino un conjunto de garantías mínimas”. (E.GAMERO CASADO y S. FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de derecho administrativo*, Madrid, 2008, pág. 290).

¹⁷³ J.L. . PIÑAR MAÑAS, *Procedimiento administrativo y comunidades autónomas*, ob. cit., págs. 1462 y sigs.

¹⁷⁴ *Ibid.*, pág. 1465.

¹⁷⁵ F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos*, en *Administración y Constitución. Estudios en homenaje al profesor Mesa Moles*, Madrid, 1981, págs. 360-362.

permite oponer serias dudas a la posibilidad de considerar a la vigente LPA en su totalidad el procedimiento administrativo común que cita el artículo 149.1.18º de la Constitución. Así es necesario incorporar la regulación del acceso a los archivos y documentos exigida por el artículo 105 de la Constitución, en aras de una mayor publicidad y transparencia de la actividad administrativa. Es necesario reconsiderar los supuestos de suspensión de actos como medida cautelar; modificar el régimen de las notificaciones, revisando los efectos de las defectuosas e incorporando, sin mengua de las garantías, las posibilidades que ofrecen las ya famosas nuevas tecnologías; modificar los supuestos de legitimación, sobre todo en lo que se refiere a supuestos de intereses difusos, etc.”¹⁷⁶

1.7. El artículo 24 CE: La notificación. El derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas.

Entre los derechos constitucionales que incorpora el artículo 24 CE la doctrina jurisprudencial ha subrayado el derecho a la notificación y el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas, cuyo verdadero alcance ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional.

1.7.1 La notificación.

Antes de la entrada de la Constitución, la notificación de los actos administrativos sólo representó un requisito para la eficacia de la resolución (artículo 45 apartado 1 y 2 LPA):

“Los actos de la Administración serán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior.”

La Constitución en el artículo 24.1 CE establece que:

“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

¹⁷⁶ J.L. PIÑAR MAÑAS, *ob. cit.*, págs. 1469-1470.

El Tribunal Constitucional puso de manifiesto como este artículo “contiene un mandato implícito al legislador - y al intérprete - consistente en promover la defensa, en la medida de lo posible, mediante la correspondiente contradicción. Lo que conduce a establecer el emplazamiento personal a los que puedan comparecer como demandados - e incluso coadyuvantes - siempre que ello resulte factible, como puede ser cuando sean conocidos e identificables a partir de los datos que se deduzcan del escrito de interposición, o incluso del expediente, aun cuando no se le oculta a este Tribunal - dada la variedad de hipótesis que pueden plantearse - que la consecución plena de este resultado puede exigir un cambio legislativo.”¹⁷⁷

La doctrina administrativista ha efectuado una traspolación de ésta postura constitucional admitiendo que todo eso puede ser aplicable también al procedimiento administrativo lo cual “conduce rectamente a exigir como garantía de los derechos e intereses legítimos, la notificación personal y directa de cualquier acto a los interesados, cuando la Administración conozca o esté en situación de conocer a las personas afectadas”¹⁷⁸. En la práctica éste significa la Constitución preve un deber general de notificación por las públicas administraciones no solamente como requisito para la eficacia de la resolución sino también como derecho fundamental a la no indefensión.

La postura de de la doctrina administrativista la encontramos reflejada en el artículo 58 apartado 1 LRJPAC (así como reformado por la Ley 4/1999):

“Se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses”¹⁷⁹

El artículo 59 apartado 1 LRJPAC se preocupa de las prácticas de las notificaciones:

“Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado”¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Tribunal Constitucional, sentencia 31 de marzo de 1981 n. 9. Vease también A. PALOMAR OLMEDA, Las notificaciones en el procedimiento administrativo: un problema no resuelto, Revista Aranzadi Doctrinal, n°. 8 (Diciembre 2014), 2014, págs. 185-198.

¹⁷⁸ J.J. DIEZ SANCHEZ, *ob. cit.*, pág. 223.

¹⁷⁹ El apartado 2 establece que: “Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados pueden ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente” (58.2).

¹⁸⁰ El artículo sigue estableciendo: “En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud. Cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar

1.7.2 El derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas.

Con respecto a las dilaciones indebidas - y a la responsabilidad que esa conlleva (responsabilidad patrimonial de la Administración y/o responsabilidad personal y disciplinaria del funcionario) - la LPA y LRJAE (Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) de 1957, trataron la materia con el rigor que merece el asunto y en función de la repercusión que el mismo proyecta en orden a obtener la posterior tutela judicial: el artículo 61.1 LPA estableció con carácter general la duración máxima del procedimiento administrativo:

“No podrá exceder de seis meses el tiempo que transcurra desde el día en que se inicie un procedimiento administrativo hasta a aquel en que se dicte resolución a no mediar causas excepcionales, debidamente justificadas, que lo impidieren, las cuales se consignarán en el expediente por medio de diligencia firmada por el Jefe de la Sección correspondiente”.

La misma LPA en el artículo 61.2 prevé la responsabilidad en que pueden incurrir los funcionarios responsables del retraso:

“Si la resolución del expediente se dictase transcurridos los seis meses desde el día de su iniciación, sin estar debidamente justificado dicho retraso, los interesados podrán hacerlo constar al interponer el recurso procedente, en

adecuado a tal fin, y por cualquier medio conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo. Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes.” (59.2)

“Para que la notificación se practique utilizando medios telemáticos se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente su utilización, identificando además la dirección electrónica correspondiente, que deberá cumplir con los requisitos reglamentariamente establecidos. En estos casos, la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica. Cuando, existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el siguiente apartado, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.” (59.3)

“Cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento.” (59.4)

Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el “Boletín Oficial del Estado”, de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cual sea la Administración de la que se proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó.” (59.5).

En el caso de que el último domicilio conocido radicara en un país extranjero, la notificación se efectuará mediante su publicación en el tablón de anuncios del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente.” (59.6).

cuyo caso la autoridad que conozca el recurso podrá ordenar la incoación del oportuno expediente disciplinario para determinar el funcionario o funcionarios responsables a fin de imponerles, si procede la oportunas sanciones.”

Esta disposición estaba complementada por el artículo 40 de la de 1957 (LRJAE):

“La responsabilidad disciplinaria será exigida por la Administración a los funcionarios civiles, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto de Funcionarios y disposiciones especiales de cada Cuerpo.”

La Constitución en el artículo 106.2 se limita a constitucionalizar el derecho de los particulares a ser indemnizados por la lesión sufrida a causa del retraso siempre que dicha lesión sea directamente relacionada al anormal funcionamiento del servicio público:

“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”

El TC con una pronuncia de 1981 - aunque relativa a el ámbito procesal - reconoció que las dilaciones indebidas ademas de proporcionar un mal funcionamiento de los servicios públicos, afectan también la tutela efectiva de los ciudadanos¹⁸¹.

La doctrina aprovechó de este pronunciamiento del Tribunal Constitucional para afirmar que a pesar que dicha sentencia queda, pues reducidas al ámbito procesal, “sin alcanzar, por tanto, a las

¹⁸¹ Tribunal Consitucional, sentencia 14 de julio de 1981, n. 24.: “conviene recordar que este mismo Tribunal en su Sentencia de 22 de abril de 1981, dictada en el recurso de amparo 202/1980, señalaba cómo el art. 24 de la Constitución supone no sólo que todas las personas tienen derecho al acceso a los Tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también que dichas personas tienen derecho a «obtener una tutela efectiva» de dichos Tribunales, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. La tutela efectiva supone que los recurrentes sean oídos y tengan derecho a una decisión fundada en derecho, ya sea favorable o adversa. Este derecho a la jurisdicción reconocido en el párrafo 1 del mencionado art. 24 no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se otorgue por éstos dentro de los razonables términos temporales en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. El ámbito temporal en que se mueve el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales lo viene a consagrar el párrafo 2 del mismo art. 24 de la Constitución al hablar de «un proceso público sin dilaciones indebidas» y aunque pueda pensarse que por el contexto general en que se utiliza esta expresión sólo está dirigida en principio a regir en los procesos penales, ello no veda que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial deba plantearse como un posible ataque al mismo las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso. Es en este sentido en que se manifiesta la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales al establecer en su art. 6.1, que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial... ». A su vez, este plazo razonable fue interpretado por el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre primeramente para los procesos penales (asuntos Neumeister y Ringeisen) y posteriormente extendido para los procedimientos ante las jurisdicciones administrativas (caso Knig) en el sentido de que el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse según las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta fundamentalmente «la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente y la forma en que el asunto haya sido llevado por las autoridades administrativas y judiciales» (Cour Eur. D. H., Affaire K”nig, décision du 23 abril 1977, série A, núm. 27, pág. 34)”.

dilaciones que se produzcan (...) en el procedimiento administrativo”¹⁸². Sin embargo dicho pronunciamiento debería “permitir un nuevo entendimiento de la inactividad administrativa y de las dilaciones en ese ámbito. Y es que la Administración (como los órganos jurisdiccionales) tienen la obligación de resolver el procedimiento sin dilaciones indebidas. Esto es, tienen la obligación de resolver sin demora ni retrasos los expedientes que ante ella se presenten, salvo que se conciten causas excepcionales (en su sentido más restrictivo)”¹⁸³.

2. LA LEY 30/1992 DE 26 DE NOVIEMBRE DE «Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común» (LRJPAC).

Sin duda la promulgación de la Constitución española de 1978 incide decisivamente en la Administración Pública. Así toda la temática relacionada con el procedimiento administrativo fué replanteada y analizada por la doctrina y el Tribunal Constitucional en función de concretos postulados inferidos directamente o implícitamente de la Constitución. Y fué así que a pesar del texto excelente de la Ley de 1958 - en la cual luce “el buen trabajo de una generación de administrativistas, que intentaron mejorar y modernizar la Administración e indirectamente preparar la renovación política del Estado”¹⁸⁴ – la doctrina empezó a pensar en la necesidad de una reforma de la Ley sobre el procedimiento administrativo que fuese respetuosa con los principios constitucionales y que podría ser considerada verdaderamente reguladora del procedimiento administrativo común.

La nueva Ley de reforma sobre el procedimiento administrativo común –LRJPAC – fue aprobada en el año 1992 – introduciendo una nueva regulación adaptada a los principios constitucionales y a la nueva organización territorial del Estado e incorporando avances significativos en la relación de las Administraciones con los ciudadanos (1ª disp. Exposición de

¹⁸² J.J. DIEZ SANCHEZ, *ob. cit.*, pág. 323

¹⁸³ *Ibid.*,

¹⁸⁴ R. MARTÍN MATEO, *Prologo* a la obra de J.J. Diez Sanchez, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, 1992, pág. 18.

Motivos Ley 4/1999) - aunque gran parte de la doctrina declaró que sobre la necesidad de tal reforma que no hacía falta¹⁸⁵, dado que al final la LRJPAC “transcribe, casi literalmente, no pocos preceptos”¹⁸⁶ de la LPA. Además, desde un punto de vista técnico, la doctrina calificó la LRJPAC muy inferior a la de 1958. Tanto es así que García de Enterría no dudó en afirmar que “la nueva Ley no parece responder inicialmente al prestigio de sus predecesoras”¹⁸⁷ en cuanto “parece haberse entendido que una Ley es un conjunto casuístico de reglas y no el intento de una construcción institucional orgánica”¹⁸⁸, y “cuando recién publicada (...) queríamos «investigar su paternidad», el objetivo resultaba inalcanzable: nadie quería asumir la condición de «padre de la criatura»”¹⁸⁹

¹⁸⁵ Vid., F. GARRIDO FALLA, El procedimiento administrativo de 1950 a hoy, en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, Septiembre-diciembre, 1999, págs. 123 y ss.

¹⁸⁶ J. GONZÁLEZ PÉREZ – F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentario...*, tercera edición, ob. cit., pág. 129.

L. LÓPEZ RODÓ ha enumerado los preceptos que el legislador de la LRJPAC tomó prestados de la Ley de 1958. Entre paréntesis el correlativo de la LPA de que trae causa cada uno de los artículos de la LRJPAC: **11.2** (3.1 y 2); **11.3** (3.3); **12.1** (4); **12.3** (5.1); **13.6** (93.4); **19.1** (78.1); **20.1** (8.2); **21.1** (7); **23** (9 y 15); **24** (14); **25** (13 y 15); **26 y 27** (10, 11 y 12); **28** (20); **29** (21); **30** (22); **31** (23); **32** (24); **33** (25); **34** (26); **38.1 y 2** (65); **39.1** (27); **40** (28); **41** (76); **42.1** (94.3); **42.2** (61); **45.1** (30.1); **47** (56); **48.1, 2 y 3** (60); **48.4** (59); **49.1** (57); **50** (58); **52** (132); **53** (40); **54.1** (43); **55.1 y 2** (41.1 y 2); **55.3** (42); **56** (44); **57** (45); **58** (79.1, 2 y 3); **59.1, 2, 3 y 4** (80); **59.5 y 60** (46); **62** (47); **63** (48 y 49); **64** (50); **65** (51); **66** (52); **67** (53.1, 2, 3 y 4); **68** (67); **69.1** (68); **70.1 y 3** (69); **70.4** (31); **71.1** (71); **72** (72); **73** (73); **74** (74); **75.1** (75.1); **75.2** (75.3); **76.1** (75.4); **77** (55); **78.1** (81); **79.1** (83); **80.1 y 2** (88); **81.1 y 2** (89); **81.3** (90.1); **82** (84); **83.1** (85.2); **83.2** (86.2); **83.3** (86.3); **84.1 y 2** (91.1); **85.1** (28); **86.1 y 2** (87); **87.1** (92); **89** (93); **90** (96); **91.1** (97.1); **91.2 y 3** (98); **92.1 y 3** (99); **93** (100); **94** (101); **95** (102); **96** (104); **97** (105); **98** (106); **99** (107); **100** (108); **101** (103); **102.1** (109); **103** (110); **105.2** (111); **106** (112); **107.1** (113.1); **107.3, apartado segundo** (113.2); **110** (114); **111** (116); **113.2** (119); **114** (122.1 y 4); **116.1 y 2** (123); **117** (125.1); **118** (127); **119** (128); **138** (120); **122** (139); **123** (140); **124** (141); **125** (145.1 y 2); **146** (126). El Autor señala que “sólo son enteramente nuevos los 10 primeros artículos integrantes del título I. De los ciento treinta y seis artículos restantes (del 11 al 146) la recepción del ordenamiento anterior resulta patente en noventa y seis artículos de la nueva que están copiados de la LPA del 58. Por ello me he permitido calificar la LRJPA de «refrito jurídico»”. (LÓPEZ RODÓ, *El procedimiento administrativo, garantía de los administrados*, Obra de Autores varios, *Procedimiento administrativo. Ponencias del mIV Encuentro Hispano-Argentino sobre derecho administrativo*, 1994, págs. 18-19.)

¹⁸⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Un punto de vista sobre la nueva Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común de 1992, en *Revista de Administración Pública*, núm. 130, 1993, pág. 205.

¹⁸⁸ Sigue este autor: “No merece la pena insistir ya en que el procedimiento de elaboración que se ha seguido para preparar el texto de la nueva Ley no parece haber sido el adecuado. Profesores, jueces, abogados, funcionarios, integrados en una comisión técnica y responsable, no hubiesen sido aquí los depositarios de ningún saber sacerdotal: son, simplemente, los que conocen cómo el sistema funciona y cuáles son sus aciertos y sus posibles deficiencias, cómo unos preceptos se interrelacionan con otros y entre todos construyen un sistema. Ello sin perjuicio, naturalmente, de que los políticos, como está justificado en su titularidad pública, marquen las grandes líneas de desarrollo conveniente y acepten o no las indicaciones de los técnicos. Una vez más, por una triste singularidad del Derecho Administrativo, se ha prescindido también de la intervención de la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Público, lo que no hubiese sido admitido en el caso de modificación de cualquiera de los Códigos o grandes Leyes de otros sectores del ordenamiento. (...) La elaboración prácticamente burocrática del proyecto de Ley se ha traducido, dicho sea con todos los respetos, en una falta de visión orgánica del conjunto. (...) Yo me permito dudar en términos generales de que los principios y valores constitucionales hayan encontrado cabal realización en el nuevo texto, sin perjuicio de que puedan encontrarse algunas novedades del mismo en que tal propósito parece haberse logrado.” (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Un punto de vista sobre la nueva Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas..., ob. cit., págs. 205 y ss.)

¹⁸⁹ F. GARRIDO FALLA, *El procedimiento administrativo de 1950 a hoy*, ob. cit., pág. 127.

2.1 Ámbito de aplicación

La LRJPAC es de aplicación a todas las Administraciones Públicas y teniendo en debido respeto la distribución constitucional de competencias (Apartado 2 Exposición de Motivos LRJPAC).

El artículo 2 LRJPAC establece que por Administraciones Públicas se entiende:

- “a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración Local¹⁹⁰.

2. Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.”

Con respecto al ámbito objetivo solamente los procedimientos tributarios, los Actos de Seguridad Social y Desempleo, los procedimientos administrativo sancionador por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, los procedimientos disciplinarios, y los procedimientos sancionador en materia de tráfico y seguridad, se regirán por su legislación específica, y solamente se aplicará la LRJPAC de forma supletoria (Disposiciones Adicionales 5ª, 6ª y 7ª, 8ª, 8ª-bis).

2.2 Los principios generales del procedimiento administrativo en España.

El artículo 3 LRJPAC establece que:

Una más clara elencación de las deficiencias que llevaba la LRJPAC puede verse en J. GONZÁLEZ PÉREZ – F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentario...*, tercera edición, ob. cit., págs. 130-138.

¹⁹⁰ Conviene señalar en esta sede que El Real Decreto 2.568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (ROF), a los artículos 146-223 regula el procedimiento administrativo, y en varias normas – 163, 169, 172, 182, 194, 212 y 218 – hace un remisión a la LRJPAC.

“1. Las Administraciones públicas sirven con *objetividad* los intereses generales y actúan de acuerdo con los *principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación*, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.

Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de *buena fe y de confianza legítima*.

2. Las Administraciones públicas, en sus relaciones, se rigen por el *principio de cooperación y colaboración*, y en su actuación por los *criterios de eficiencia y servicio* a los ciudadanos. (...)

5. En sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los *principios de transparencia y de participación*.”¹⁹¹

El artículo 74 apartado 1 LRJPAC establece un ulterior criterio, lo de celeridad:

“El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites.”

El criterio de celeridad impone a la Administración de acordar en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan una impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo (artículo 75 apartado 1). Además el artículo 73 LRJPAC obliga el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento a disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

¹⁹¹ La cursiva es mía.

2.3. Los aspectos más problemáticos de la LRJPAC y la necesidad de su reforma.

Aunque en general la LRJPAC haya sido considerada muy parecida en su estructura a la LPA de 1958 y de la cual ha sido acusada tener transcritos no pocos de sus preceptos, sin embargo la doctrina no faltó de señalar varias anomalías en el desarrollo de aspectos fundamentales de la LRJPAC. En particular:

- La LRJPAC había reunido bajo la rubrica «actos presuntos» el silencio estimatorio y el silencio desestimatorio (artículos 43 y 44 el primero relativo al silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud de interesado; el segundo artículo relativo al silencio administrativo en procedimientos iniciados de oficio). Eso quería decir que el interesado para comprobar los efectos generados por la ausencia de resolución expresa necesitaba de una certificación de acto presunto.
- Además la LRJPAC en regular la revisión de los actos había suprimido el recurso de reposición, y mantenido el recurso administrativo de alzada como *conditio sine qua non* para el recurso jurisdiccional;
- En fin, el artículo 145 LRJPAC en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública contenía un carácter opcional de la acción de regreso de la Administración contra el agente propio causante del daño cuando haya concurrido dolo, culpa o negligencia graves. Esto quiere decir que los interesados lesionados deberían ejercitar la acción de responsabilidad contra la Administración titular del órgano cuya autoridad o funcionario haya producido la lesión indemnizable. Mas la Administración no tenía el derecho-deber de ejercicio obligatorio del acción de regreso. El ejercicio de la acción de regreso por parte de la Administración era facultativo.

Estos cambios durante su aplicación habían suscitado algunos problemas, que fueron subrayados por parte de la doctrina dando lugar a muchas críticas, y al mismo tiempo sugerencias

de cambio especialmente durante las jornadas de estudio sobre la reforma de la LRJPAC que se desarrollaron en Sevilla del 24 al 24 febrero de 1997. Estas sugerencias se tradujeron en propuestas que fueron trasladadas a la Ley de reforma de la LRJPAC¹⁹², como señala también el Capítulo I de la Exposición de motivos de la Ley 4/1999:

“Sin embargo, durante su aplicación” – de la LRJPAC – “se han suscitado algunos problemas que han llevado a plantear desde diversos sectores la necesidad de su modificación. La proliferación de normas reguladoras de procedimientos administrativos, los problemas detectados en la regulación de ciertos artículos – como los referidos al silencio administrativo, la revisión de los actos o la responsabilidad patrimonial –, y la supresión del recurso de reposición son lugares comunes en las críticas formuladas a la Ley 30/1992, que justifican su reforma pensando en el buen funcionamiento de la Administración pública y, sobre todo, en los ciudadanos, que son los destinatarios de su actuación. (...) Sobre estos presupuestos, el objetivo de esta Ley de reforma se circunscribe en modificar los aspectos más problemáticos de la Ley 30/1992, según la opinión de la doctrina y de los aplicadores del derecho: fundamentalmente, la regulación del silencio administrativo – suprimiendo la certificación del acto presunto –, el sistema de revisión de actos, la responsabilidad patrimonial y la regulación de la suspensión del acto administrativo.”

El 14 de enero de 1999 en el BOE se publica la Ley núm. 4, primera y única parcial modificación de la LRJPAC.

La Ley 4/1999 incide fundamentalmente sobre el silencio administrativo, la revisión de los actos y la responsabilidad patrimonial y la regulación de la suspensión del acto administrativo. Sin embargo el legislador con la Ley 4/1999 no se limita sólo a corregir los errores contenidos en el LRJPAC mas introduce dos nuevos principios en materia de actuación de las Administraciones Públicas. Estos dos principios son derivados uno por la Constitución (principio de seguridad jurídica artículo 9.3 CE¹⁹³), y el otro heredado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad

¹⁹²¹⁹² Vid. Autores Varios, *Jornadas de Estudio sobre la Reforma de la Ley 30/1992*, Ministerio de Administraciones Públicas, Sevilla, 1997.

¹⁹³ Artículo 9.3 CE “3.La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.” Sobre el tema de la potestad reglamentaria véase M. CARLÓN RUIZ, *La cuestión de ilegalidad en el contencioso-administrativo contra reglamentos*, Madrid, Civitas, 2005; C. COELLO MARTÍN y F. GONZÁLEZ BOTIJA, *Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: ¿Meros actos internos, actos administrativos o reglamentos?* Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio y 12 de diciembre de 2006, *Revista Vasca de Administración Pública*. Herri-

europea (el de confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones públicas no puede ser alterada arbitrariamente.). El principio de seguridad jurídica ha sido primero aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el título preliminar del Código Civil: el principio de buena fe.

Por otro lado el epicentro de toda la reforma administrativa - también la italiana¹⁹⁴ (la cual ha introducido el instituto del responsable del procedimiento como interlocutor privilegiado entre el ciudadano y la administración pública. Véase *amplius* en el capítulo V) – se resuelve entorno a la centralidad del ciudadano, como nos evidencia el Capítulo I de la Exposición de motivos de la Ley 4/1999:

“La regulación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común constituye una pieza clave en las relaciones de la Administración con los ciudadanos y en la satisfacción de los intereses generales a los que la Administración debe servir por mandato constitucional (103.3 CE). (...) En este sentido, debe señalarse que, al igual que lo acontecido en relación con la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, *los modelos administrativos deben construirse siempre en función de los ciudadanos y no al revés*¹⁹⁵. Por ello también en el proceso de reforma de la Ley 30/1992 se ha tenido como objetivo esta orientación general que debe presidir todas y cada una de las manifestaciones de la reforma administrativa, puesto que la Constitución de 1978 ha querido señalar solemnemente en su artículo 103 que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales”

Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, nº 78, 2007, págs. 267-306. M. CARLÓN RUIZ, El control de la potestad reglamentaria, *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* / Antonio Ezquerro Huerva (dir.), Javier Oliván del Cacho (dir.), 2014, págs. 395-460.

¹⁹⁴ Vid. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino, tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994 págs. 64-70.

¹⁹⁵ La cursiva es mía.

2.4 Las garantías sustantivas del administrado y los cargos de los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tienen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos.

La LRJPAC a diferencia de la Ley italiana 241/1990 no preve una figura única¹⁹⁶ - un ser de carne y hueso - al cual dirigirse para todo el trámite y encargado de coordinar la tramitación y favorir su correcta y rápida realización. A esta regla hace excepción el procedimiento sancionador dónde al artículo 135 preve expresamente que al presunto responsable sea garantizado el derecho a conocer la identidad del instructor, la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

La LRJPAC se refiere en general al responsable del procedimiento como a los titulares de las unidades administrativas y del personal al servicio (a veces indicado por la Ley como órgano instructor, autoridades, etc...) encargados de la resolución o del despacho del asunto. Por esta razón ellos son también responsables de todo el conjunto de actividades que facilitan el adecuado funcionamiento del trámite sin que la Ley obligue la Administración a individuar una precisa y concreta persona física el cui nombre y apellido pueda ser conocida por el externo de la Administración.

Ahora vamos a deternos en cuales son el conjunto de actividades que facilitan el adecuado funcionamiento del trámite a cargo de los sujetos encargados de la resolución final o del despacho del asunto pedidos por la LRJPAC.

Conviene precisar que en esta sede se han omitidos citar aquellas normas de la LRJPAC que tienen una correspondencia similar con las normas de la Ley italiana 241/1990. En efecto la autora de esta tesis para una mejor comparación con los dos ordenamientos ha preferido citar dichas normaa en el capítulo V.

¹⁹⁶ Como veremos en el capítulo V la Ley italiana 241/1990 exige que el responsable del procedimiento debe ser una persona física, no un cuerpo colegiado y debe comunicarse su calidad de responsable a todos los interesados. El incumplimiento de estos recaudos determina la nulidad de los actos de procedimiento y del acto final.

2.4.1 La obligatoriedad de respetar los términos¹⁹⁷ y plazos¹⁹⁸.

Los términos y plazos fijados por la Ley obligan non solo las autoridades sino aún el personal de servicio:

“Artículo 47: Los términos y plazos establecidos en ésta u otras Leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos.”

Para lo que concierne la computación de los días la L. 4/1999 dispuso que los términos administrativos se deben contar a partir del primer día hábil¹⁹⁹ siguiente a la notificación del acto. En otras palabras el día de la notificación no se computa en ningún caso:

“Art. 48.4 “Los plazos expresados en días se contarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o la desestimación por silencio administrativo.”

Además la Ley 4/1999 ha eliminado el cómputo de los días da fecha a fecha²⁰⁰ señalando que:

“Art. 48.2 y e 3: Si el plazo se fija en meses o años, éstos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo. Si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes.

Cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.”²⁰¹

Y dado que el plazo se conta a partir de la dada de entrada en el registro del órgano competente para su tramitación , el artículo 42 apartado 3 señala que:

“Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán:

a) En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación.

¹⁹⁷ Cuando la norma exige la realización de un acto en momento determinado.

¹⁹⁸ Cuando la norma fija un espacio de tiempo para la realización del acto.

¹⁹⁹ se trata de días en que trabaja la administración pública.

²⁰⁰ El texto originario de la LRJPAC modificó en parte este cálculo, o sea los términos iniciaron a transcurrir del día mismo de la notificación del acto y se computaron de fecha a fecha. Este último sistema engendró problemas en primer lugar porque no todos los meses tienen los mismos días, y en según lugar porque algunos de éste son días inhábiles para la Administración.

²⁰¹ Se trata de días hábiles administrativos, es decir, días en que trabaja la administración pública.

b) En los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.”

El plazo máximo previsto por la LRJPAC en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses (artículo 42 apartado 2 y 3). El plazo máximo se podrá suspender en los casos enumerados en el apartado 5 del artículo 42²⁰². Igualmente el artículo 49 prevé una ampliación de los términos a petición de los interesados, o en cambio de oficio. Sin embargo dicha ampliación pudiera ser concedida por la Administración, salvo precepto en contrario, y siempre que no exceda de la mitad de los plazos establecidos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero. El acuerdo de ampliación deberá ser notificado a los interesados.

Los interesados tienen el derecho a ser informados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en la comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación (apartado 4 artículo 42).

²⁰² “a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71 de la presente Ley.

b) Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados, y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada.

c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.

d) Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.

e) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 88 de esta Ley, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en sus caso, de las referidas negociaciones que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados.”

Todas la notificaciones deben ser cursadas dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado (artículo 58 apartado 2 LRJPAC).

El apartado 4 del artículo 42 dispone que cuando la solicitud del interesado haya sido presentada en registro del órgano no competente para dictar la resolución final, éste tiene la obligación dentro de diez días de su recepción de transmitir la solicitud al registro del órgano competente. En este caso, la comunicación al interesado indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente.

Una obligación análoga, aunque con finalidad diferente, también es prevista en el artículo 7 de la ley italiana 241/1990. Aquí la obligación de comunicación tiene la finalidad de garantizar la efectiva participación y defensa de los interesados al procedimiento²⁰³.

En la legislación española estas garantías son realizadas a través del instituto de la audiencia del interesado que tiene lugar después de la instrucción y antes que el órgano responsable de la instrucción formule la propuesta de resolución final.

Por fin para concluir sobre el argumento, el artículo 42 apartado 7 prevé la responsabilidad disciplinaria para vencimiento del plazo máximo establecido sin que la Administración haya dictado la resolución:

“El personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo.

El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente”.

²⁰³ Corte Constitucional, sentencia 5 de noviembre de 1996, n. 383 “deve essere, in generale, sottolineato che, alla stregua dei sopravvenuti principi introdotti dalla legge n. 241 del 1990 in materia di trasparenza dell'azione amministrativa, l'amministrazione è tenuta a predisporre un meccanismo procedurale (formula espressa apposta in calce al documento comunicato all'interessato, avviso ad hoc o altro mezzo) che assicuri il raggiungimento dello scopo di consentire all'interessato la chiara percezione dell'avvio della nuova fase, in modo da porlo nella effettiva possibilità di interloquire nella anzidetta ulteriore fase procedimentale.”

Esta responsabilidad recae directamente sobre los autores de la demora. Entonces no solo los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver, sino también todas las personas físicas al servicio de las Administraciones Públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos.

El artículo citado habla de responsabilidad disciplinaria, esto no excluye que junto a esa el mismo hecho pueda dar lugar a responsabilidades de otro tipo.

En este contexto se señala que el ordenamiento italiano ofrece un elemento de referencia muy interesante en la disposición contenida en el 2-*bis* de la L. 241/1990 (véase *amplius* capítulo V, § 3.2.1.3) que expresamente preve el daño por retraso (apartado 1)²⁰⁴ y la indemnización para mero retraso (apartado 1-*bis*)²⁰⁵.

En derecho administrativo con el fin de tutelar los interesados contra la inactividad de la Administración está previsto el instituto del «silencio administrativo» de carácter decisorio a la falta de pronunciamiento de la administración. Es decir que el orden jurídico asigna al silencio (transcurrido determinado plazo), el significado de una denegatoria o estimatoria tácita. Sin embargo el transcurso de los términos de silencio no libera a la administración de su deber de decidir (La materia del silencio administrativo por su vastedad no puede ser estudiado en esta sede, por tanto se reinvia a estudios específicos efectuados sobre el mismo).

Sobre la responsabilidad para incumplimiento conviene poner de manifiesto que la LRJPAC en su artículo 41, sanciona una responsabilidad generalizada a cargo de los titulares de las unidades administrativas y del personal al servicio de las Administraciones Públicas en orden a la tramitación del procedimiento:

²⁰⁴ En este caso el derecho a la indemnización no surge automáticamente por el solo hecho de la inobservancia del término. El interesado tiene que probar: el daño efectivo, el nexo de causalidad entre retraso y daño, la conducta culposa o dolosa de la Administración. La competencia a liquidar el daño es del juez administrativo.

²⁰⁵ Dicha previsión entiende sancionar la violación de la obligación de dictar el acto dentro del plazo previsto por la ley o por un reglamento. La indemnización por mero retraso surge simplemente por el solo hecho de la superación del plazo por parte del funcionario anti-retraso, el cual está competente también en liquidar la indemnización.

“1. Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos.

2. Los interesados podrán solicitar la exigencia de esa responsabilidad a la Administración Pública que corresponda.”

2.4.2 La obligación de resolver.

El artículo 42 apartado 1 establece la obligación para la Administración de dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación. Sin embargo son exceptuados de dicha obligación los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración. En fin precisa la disposición, que:

“En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.”

2.4.3 Otras obligaciones y deberes que derivan de la LRJPAC

➤ 2.4.3.1 Derechos de los ciudadanos

Entre los derechos enunciados por esta norma aquéllos que tienen más relación con el instituto del órgano instructor para superar el anonimato de la pública administración y lograr una mayor colaboración entre Administración y administrados, señalamos a los siguientes:

“Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos:

- a) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.
- b) A identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos. (...)
- e) A formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución. (...)
- g) A obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.
- h) Al acceso a la información pública, archivos y registros.
- i) A ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.
- j) A exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente.

➤ 2.4.3.2 Prohibición de agravar el procedimiento

Bajo esta prohibición podemos incluir los artículos 35 apartado 1 letra *f*) y 40 apartado 1. El primero dispone que:

“Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos:

(...) *f*) A no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante.”

En cambio el segundo sanciona que:

“La comparecencia de los ciudadanos ante las oficinas públicas sólo será obligatoria cuando así esté previsto en una norma con rango de ley.”

➤ 2.4.3.3 Obligación de motivación

El artículo 54 LRJPAC establece que:

“1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:

- a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.
- b) Los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje.
- c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.
- d) Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en los artículos 72 y 136 de esta Ley.
- e) Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos.
- f) Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

2. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.”

Otras obligaciones contenidas en la LRJPAC y que afectan los titulares

➤ 2.4.3.4 Facultad de acordar la información pública

El artículo 86 regula la información pública: .

“1. El órgano al que corresponda la resolución del procedimiento, cuando la naturaleza de éste lo requiera, podrá acordar un período de información pública.

2. A tal efecto, se anunciará en el «Boletín Oficial del Estado», de la Comunidad Autónoma, o en el de la Provincia respectiva, a fin de que cualquier persona física o jurídica pueda examinar el procedimiento, o la parte del mismo que se acuerde.

El anuncio señalará el lugar de exhibición y determinará el plazo para formular alegaciones, que en ningún caso podrá ser inferior a veinte días.

3. La incomparecencia en este trámite no impedirá a los interesados interponer los recursos procedentes contra la resolución definitiva del procedimiento.

La comparecencia en el trámite de información pública no otorga, por sí misma, la condición de interesado. No obstante, quienes presenten alegaciones u observaciones en este trámite tienen derecho a obtener de la Administración

una respuesta razonada, que podrá ser común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales.

4. Conforme a lo dispuesto en las Leyes, las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas, medios y cauces de participación de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones y actos administrativos.”

La Ley italiana 241/1990 no preve la información pública. Sin embargo conviene apuntar que la misma estaba sancionada y regulada en el borrador originario elaborado por la Comisión Nigro (véase *amplius* capítulo V).

El artículo 7 - del Texto provisional «Schema di disegno di legge contente disposizioni dirette a migliorare i rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione nello svolgimento dell’attività amministrativa» bajo el título III «Contradictorio» - disponía lo siguiente:

“L’adozione di strumenti urbanistici, di piani commerciali e di piani paesaggistici, la locazione di centrali energetiche e l’esecuzione di opere pubbliche, che incidano in modo rilevante sull’economia sull’assetto del territorio e che rientrino nelle categorie individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, devono essere precedute da istruttoria pubblica. L’istruttoria è facoltativa nel caso di altri procedimenti di particolare interesse partecipativo.

A tal fine l’ufficio procedente, previo pubblico avviso, indice apposite riunioni per l’esame dell’iniziativa.

Alle riunioni possono partecipare, oltre i promotori dell’iniziativa, le pubbliche amministrazioni e le organizzazioni sociali e di categoria interessate. Tutti coloro che vi abbiano interesse, anche di fatto, possono far pervenire proposte e osservazioni scritte.

Ogni amministrazione interessata adotta e rende pubbliche norme di disciplina delle modalità di svolgimento e della verbalizzazione delle conclusioni delle riunioni di cui al secondo comma. In mancanza di tali norme le riunioni si svolgono secondo criteri stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri da emanare entro un anno dall’entrata in vigore della presente legge. Il Presidente del Consiglio dei ministri può, altresì, con atto di indirizzo e coordinamento emanare in materia direttive vincolanti per tutte le amministrazioni pubbliche.

L’abrogazione delle vigenti norme che disciplinano istruttorie pubbliche di specifici procedimenti di particolare interesse partecipativo (...) è differita alla data di pubblicazione del decreto di cui al comma precedente.”

A margen del artículo citado hubo la siguiente cita: “Tendrá que ser examinado si existen fattispecie que solicitan la instrucción pública además de aquéllas enumeradas en el primer apartado. Tendrá que ser mejor precisado el concepto de «particular interés de participación (particolare interesse partecipativo)».

Sin embargo y con gran pena de Nigro - que de la Comisión encargada de redactar la ley sobre el procedimiento administrativo fue presidente – la Presidencia del Consejo decidió eliminar del texto final de la ley 241/1990 la información pública. La información pública había sido delianda por Nigro como el lugar donde permitir la máxima participación del ciudadano a la actividad administrativa. La exclusión de la información pública de la ley 241/1990 fue explicado por Nigro como el apego del legislador a la idea de una administración oculta que todavía no acepta la idea de una así amplia forma de participación. De la misma manera y con el mismo sentido este Autor fue muy crítico con redacción del artículo 13 de la Ley 241/1990 que excluyó de la aplicabilidad de las reglas del procedimiento los actos normativos, los actos administrativos generales y de planificación y de programación, por los que quedan regulados por particulares normas²⁰⁶.

Dicha falta no ha sido corregida ni siquiera con la oleada de modificaciones legislativas intervenida a partir del 2005 sobre la ley 241/1990. Pero en Italia es interesante notar como los políticos de mayoría y oposición, para no hablar de los alcaldes, hablan hoy de elecciones participadas con ocasión de la aprobación de leyes o reglamentos que suscitan serias críticas por parte de los ciudadanos. Esta participación es promovida a través de plataformas on-line o bien, en el caso de los alcaldes, por asambleas públicas dónde los ciudadanos son invitados a participar. Pero nadie de ellos parece recordar el artículo 7 del viejo proyecto de ley de Mario Nigro que todavía queda inactuado.

²⁰⁶ Vid. M. NIGRO, *Relazione introduttiva*, en AA.VV. *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*. Atti del Convegno Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988, a cura de F. Trimarchi, Milano, 1990, págs. 3, 9 y 24.

2.5 La responsabilidad de la Administración y de los empleados públicos

2.5.1 La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

Según el artículo 149.1.18 CE la disciplina de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es materia de competencia exclusiva del Estado.

Esta unidad legislativa se impone también a la esfera local subrayando que las mismas responden en los términos establecidos en la legislación general sobre la responsabilidad administrativa:

“Las entidades responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los terminos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa.” (art. 54 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local – LBRL).

La responsabilidad patrimonial de la Pública Administración adquiere relevancia constitucional en los artículos 9.3 CE – que proclama un principio general de responsabilidad - y 106.2 CE que más concretamente afirma la regla general de la responsabilidad patrimonial objetiva:

“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derecho, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”

El artículo 139 LRJPAC recoge en su apartado primero el principio general, ya contemplado en la CE, de que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufren en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Para haberse indemnizado, entonces, ocurre la imputabilidad del daño a la Administración pública, o sea ocurre la relación de causalidad entre la actividad de la misma y el daño como efecto

de dicha actividad. El artículo 106.2 CE – recojiendo los elementos tradicionales del Derecho - nos dice que no hay relación de causalidad en los casos de fuerza mayor. Además no hay relación de causalidad o si también existe la relación ha sido atemperada en los casos los daños que se han producido por culpa de la víctima o de un tercero.

El artículo 141 apartado 1 precisa que:

“No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.”

Este sistema como nos explica el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de abril de 1989 (Ponente: Martínez Sanjuan)²⁰⁷ prescinde de la culpa y construye la responsabilidad sobre pilares de carácter objetivo, o sea es la lesión el elemento determinante esencial de dicha responsabilidad patrimonial: “trasladándola al dato objetivo del patrimonio dañado del particular por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, considerados éstos en su más amplio sentido; de forma que, todo daño o detrimento patrimonial en sus bienes y derechos que sufran los particulares a causa de referida actividad imputable a la Administración, sin encontrar su causa en una fuerza mayor ajena a aquélla será una lesión o perjuicio injusto que, por su propia virtualidad, tenderá a su necesaria reparación, generando en principio en la Administración un deber de resarcimiento material o económico, que es en lo que se concreta el concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración ahora analizada, independientemente de la responsabilidad que esta última pueda exigir de los funcionarios o las personas de ella dependientes.”

Según la doctrina la expresión «servicio público» abarca toda la actividad realizada por la Administración: sea dictando actos administrativos que llevando a cabo actuaciones de ejecución material²⁰⁸. Y así ha sido entendido también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: “El

²⁰⁷ Citada por: J. GONZÁLEZ PÉREZ – F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentario...*, ob. cit. pág. 3073.

²⁰⁸ Vid. E. GAMERO CASADO – S. FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de derecho administrativo*, Madrid, 2008, pág. 513.

régimen del servicio público no depende, ciertamente, del régimen jurídico a que estén sometidos los elementos instrumentales que integran la actividad de prestación en que el servicio público consiste, puesto que éste admite formas muy diversas de gestión. No obstante, cuando el elemento personal o real causante del daño esté dedicado o afecto a un servicio público o a la función administrativa en general – entendida en un sentido lato, comprensivo del ejercicio de funciones o potestades públicas de las que no es predicable la noción clásica de servicio público – no cabe considerar dicho elemento, cualquiera que sea su naturaleza, ajeno al servicio.”²⁰⁹

El artículo 139.2 LRJPAC regula lo supuestos para exigir el daño cuando eso provenga del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos:

“En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Los supuestos de la obligación de indemnizar nacen como consecuencia de una lesión – producida de la pública administración y que el ciudadano no tenía la obligación de soportar (artículo 141 apartado 1 LRJPAC).

El fundamento común que impone la reparabilidad del daño producido reside en la idea general que la lesión es considerada como ilegítima a pesar que su producción sea el resultado del ejercicio de actos lícitos o ilícitos por parte de la Administración pública.²¹⁰

Las sentencias del Tribunal Supremo de 1998 núm. 1557 y 8377 enumeran los elementos constitutivos de la responsabilidad de la Administración pública, concretandola del siguiente modo: “a) El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente. b) En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo. c) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas. d)

²⁰⁹ Tribunal Supremo, sentencia de 21 de abril de 1998, n. 2534.

²¹⁰ Tribunal Supremo, sentencias 1557 y 8377 de 1998.

Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado. Por último, además de estos requisitos es de tener en cuenta que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente (...) que la responsabilidad patrimonial de la Administración contemplada por los artículos 106.2 (...) se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararlas que como consecuencia de aquélla, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.”

Sin embargo el mismo Tribunal Supremo en una sentencia del 2001 ha excluido la resarcibilidad del lucro cesante²¹¹.

En fin en orden al derecho a la resarcibilidad del daño el Tribunal Supremo precisa que: “El carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración impone (...) que la prueba de la consecuencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima para considerar roto el nexo de causalidad corresponde a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia.”²¹²

La jurisprudencia de Tribunal Supremo extiende al daño evaluable económicamente no sólo los daños físicos sino también los daños morales como el fallecimiento de un familiar²¹³.

²¹¹ Tribunal Supremo, sentencia 20 de enero de 2001. Según esta sentencia el daño efectivo es sólo el daño emergente (por ej. los gastos de traslado de negocio) y no aún el lucro cesante o meras expectativas de derecho (como podría ser la potencial pérdida de clientela que derive del traslado).

²¹² Tribunal Supremo, sentencia n. 1003 de 2003.

²¹³ Tribunal Supremo, sentencia 21 de abril de 1998 n. 2534. En este caso se trataba de reconocer una indemnización a un agricultor que había sufrido lesiones corporales permanentes con el trapasar una puerta de cristales puesta dentro un edificio de propiedad de la pública administración.

En orden al concepto de «particulares o personas o grupos de personas» que tienen derecho a reclamar el daño el Tribunal Supremo en la sentencia 1183/1994 subraya que “si bien es cierto que existe una tradición normativa muy consolidada que utiliza la expresión de «los particulares» como sujeto pasivo y receptor de los daños (...) no es posible hacer una exégesis restrictiva del referido término, debiendo incluir en el mismo no sólo a los sujetos privados sino también a los sujetos públicos, cuando éstos se consideren lesionados por la actividad de otra Administración pública.”

Este sistema construido sobre la responsabilidad objetiva fue criticado por PANTALEÓN PRIETO²¹⁴ el cual puso de manifiesto como “España no puede permitirse «gozar» del sistema de responsabilidad de la Administración más «avanzado», o sea más caro del mundo. (...). Lo que carece de sentido es que la Administración tuviera que responder de todos los riesgos típicos de la gestión pública, de todo daño que resulte ser consecuencia directa o adecuada de cualquier acción u omisión propia del giro o tráfico administrativo, por el solo hecho de que no haya ninguna Ley que imponga al perjudicado el deber de soportarlo.”²¹⁵ Así que éste Autor para evitar reclamaciones multimillonarias a cargo de la Administración pública con efectos desastrosos para sus finanzas, a través una interpretación restrictiva de la expresión «siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos» del artículo 106.2 CE²¹⁶, propuso un nuevo sistema de construcción de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

²¹⁴ *Vid.*, F. PANTALEÓN PRIETO, Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, en *Documentación Administrativa* n° 237-238 (enero-junio 1994), págs. 239-253.

²¹⁵ *Ibid.*, págs. 239, 249-250.

²¹⁶ La interpretación dada por este autor fue la siguiente: “i) La Administración públicas responderán en todo caso de los aquí denominados «daños cuasi expropiatorios o de sacrificio» entiendo con eso las lesiones «consecuencia del funcionamiento normal de los servicios públicos».

Con respecto a esta primera interpretación el Autor explica ellas son el “(producto indeseado, pero) consecuencia inmediata o directa de actuaciones administrativas lícitas de las que los daños aparecen como secuela connatural, como realización de un potencial dañoso intrínseco a la actuación administrativa en cuestión; siendo también necesario, obvio es, que los daños de que se trate representen para quien los padece un sacrificio individualizado que no le sea exigible soportar. El ejemplo más claro lo constituyen los daños a los «colindantes» a consecuencia de la ejecución de obras públicas o de reforma de vías públicas.” (F. F. PANTALEÓN PRIETO, *ob. cit.*, págs. 247-248).

En fin el Autor dio su personal versión al resto del artículo 106 CE: “ii) Y por lo que respecta a los que aquí hemos llamado «daños producto de accidentes», las Administraciones públicas responderán de los daños derivados de fautes de service, que son las lesiones «consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios públicos» del artículo 139.1 de la Ley 30/1992.

El apartado 5 y 6 del artículo 139 regula más específicamente la responsabilidad derivada de los actos legislativos y por el funcionamiento de la Administración de justicia.

- **2.5.1.1 Para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración es necesario activar el procedimiento general y/o el procedimiento abreviado de la LRJPAC²¹⁷**

Los artículos 142 y 143 regulan los procedimientos (general y abreviado²¹⁸) para exigir la indemnización del daño. La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa (artículo 142 apartado 6). Si no recae resolución expresa se podrá entender desestimada la solicitud de indemnización (artículo 142 apartado 7).

La materia ha sido objeto de desarrollo reglamentario. El Reglamento de procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial aprobado por el Real Decreto 429/1993 de 26 de marzo, en su Preámbulo señala:

“Específicamente los artículos 142.3 y 145.2 prevén el establecimiento por vía reglamentaria de los procedimientos que permitan hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y de las autoridades y demás personal a su servicio.”

Para exigir la responsabilidad patrimonial la LRJPAC enuncia una serie de principios que son elemento nuclear de desarrollo de la Ley en este Reglamento:

- “ – El establecimiento del principio de exigencia directa de responsabilidad a las Administraciones públicas que responden en todo caso de los daños causados por ellas mismas o por sus agentes.
- La posibilidad de iniciación de oficio de los procedimientos.

iii) Y cuando así lo dispongan leyes especiales, responderán también, sin necesidad de faute, de los daños que sean realización de determinados riesgos típicos del giro o tráfico administrativo; de las que cabe llamar «lesiones consecuencia del funcionamiento de servicios públicos típicamente peligrosos», cuya resarcibilidad no excluye ni impone el tan citado artículo 139.1” (F. PANTALEÓN PRIETO, *ob. cit.*, págs. 250-251).

²¹⁷ Para expresa remisión del artículo 145 apartado 1 LRJPAC a los mismos principios de procedimiento aplicables cuando el daño provenga del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, el procedimiento general y/o abreviado se exige también cuando el daño provenga de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas. Vease también G.FERNÁNDEZ FARRERES, La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional, *Revista española de derecho administrativo*, nº 146, 2010, págs. 265-290.

²¹⁸ cuando se den los supuestos de inequívoca relación de causalidad entre la lesión y el funcionamiento del servicio público, que la valoración del daño y cálculo de la cuantía de la indemnización sean, asimismo, inequívocos.

- La sumisión al nuevo procedimiento de la responsabilidad derivada de la actividad de las Administraciones públicas tanto en relaciones de Derecho público como privado.
- La introducción de la posibilidad de la «restitutio in natura» permitiendo la indemnización en especie.
- La declaración de que las resoluciones de los procedimientos ponen fin a la vía administrativa y, por tanto, la improcedencia del recurso administrativo ordinario, quedando expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, que pasa a ser, en el sistema de la nueva Ley, la única procedente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, tanto en relaciones de Derecho público como privado.”

Además:

“La LRJ-PAC recoge en la regulación sustantiva de la responsabilidad patrimonial extracontractual de las Administraciones públicas los elementos tradicionales de nuestro Derecho, como son la exclusión de los supuestos de fuerza mayor y la no existencia de responsabilidad cuando exista un deber jurídico de soportar el daño causado y respecto al reconocimiento de esa responsabilidad, la concurrencia inequívoca de los presupuestos de imputación a la Administración, relación de causa a efecto entre el hecho causante y el daño producido, lesión resarcible y efectividad y cuantía del daño, también indiscutible. A estos presupuestos legales del reconocimiento de la responsabilidad da respuesta el Reglamento, especialmente en la formulación del procedimiento abreviado.”²¹⁹

Las disposiciones del Reglamento tendrán aplicaciones (artículo 1 apartado 2) “a los procedimientos que inicien, instruyan y resuelvan todas las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial por su actuación en relaciones de derecho público o de derecho privado. Ello sin perjuicio de las especialidades procedimentales que, con respecto a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y a este Reglamento establezcan las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias normativas en materia de responsabilidad patrimonial.”

Artículo 2.3 Reglamento: “Las resoluciones y los acuerdos de terminación convencional que recaigan en los procedimientos regulados en este Reglamento ponen fin a la vía administrativa.”

Artículo 12.2 Reglamento: “El dictamen se emitirá en un plazo máximo de dos meses.”

²¹⁹ *Preámbulo*, Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Artículo 13.3 Reglamento: “Transcurridos seis meses desde que se inició el procedimiento (...) sin que haya recaído resolución expresa o, en su caso, se haya formalizado el acuerdo, podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización del particular.”

La competencia para iniciar e instruir dicho procedimiento es de la unidad administrativa que tenga competencia en la materia y/o territorio así como nos señala el capítulo I Título II de la LRJPAC. Mientras que son órganos competentes para resolver los procedimientos administrativos en materia de responsabilidad patrimonial los previstos en el artículo 142.2 de la LRJPAC:

“Los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán, por el Ministro respectivo, el Consejo de Ministros si una Ley así lo dispone o por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las Entidades que integran la Administración Local. Cuando su norma de creación así lo determine, la reclamación se resolverá por los órganos a los que corresponda de las Entidades de Derecho Público a que se refiere el artículo 2.2 de esta Ley.”

El derecho a reclamar se prescribe en un año (artículo 4.2 Reglamento).

En fin el artículo 19 Reglamento prescribe que:

“Los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y el personal a su servicio de conformidad con lo previsto en el artículo 145 de la LRJPAC. Satisfecha la indemnización, la Administración correspondiente podrá exigir de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento regulado en artículo 21 de este Reglamento.”

El artículo 144 LRJPAC regula el régimen jurídico de la responsabilidad de las Administraciones públicas cuando la misma actúa según el derecho privado, con expresa remisión a los mismos principios de procedimiento aplicables cuando el daño provenga del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Según el artículo 9 apartado 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), de 1 de julio de 1985, el juez administrativo tendrá la competencia exclusiva sea sobre la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, (cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive) que ponga fin a la vía administrativa, sea sobre el silencio administrativo desestimatorio:

“Los de orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo (...)

Conocerán, asimismo de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o provadas indirectamente responsables de aquéllas.”

Esta disposición ha sido reiterada por el artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, (redactada por el apartado uno de la disposición adicional decimocuarta de la L.O. 19/2003, de 23 diciembre, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial):

“La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo antes los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.”

2.5.2 La responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas.

El artículo 145 LRJPAC , amplía ese sistema de responsabilidad a los daños que se produzcan a los particulares como consecuencia de la actuación de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas, con expresa remisión a los mismos principios de procedimiento aplicables cuando el daño provenga del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Dice el apartado 1 artículo 145:

“Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.” (145.1 LRJPAC).

Es decir, cuando un particular haya sufrido un daño indemnizable causado por la actuación irregular del empleado público (actuación dolosa, culposa o con negligencia grave), exigirá directamente a la Administración la indemnización que corresponda, sin que tenga la obligación o carga legal de dirigir la acción directamente contra la autoridad o personal causante, debiendo la Administración indemnizar al particular y exigir posteriormente de oficio la responsabilidad a su autoridad o personal (acción de regreso)²²⁰.

Son considerados funcionarios públicos - artículo 2 Decreto 315/1964, de 7 febrero, (por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado) – las: “personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos por el Derecho administrativo” , el artículo 81 establece que que “son responsables de la buena gestión de los servicios a su cargo (81.1). La responsabilidad propia de los funcionarios no excluye la que pueda corresponder a otros grados jerárquico (82.2)”.

2.5.3 Otras responsabilidades en las cuales puede incurrir el empleado público.

Un mismo hecho puede dar lugar a una o más responsabilidades

➤ 2.5.3.1 La responsabilidad penal y la responsabilidad civil derivada de un delito

El artículo 146 LRJPAC establece que “La responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente.”

Con este precepto el legislador ha operado una remisión a la normativa penal y civil.

²²⁰ Artículo 145 apartado 2 y ss. LRJPAC “La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.

4. La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa.

5. Lo dispuesto en los párrafos anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes.”

El apartado 2 del artículo 146 subraya la independencia entre proceso penal y procedimiento administrativo de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial para el mismo hecho:

“La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.”

Es decir “el hecho de que se haya incoado un proceso penal o incoado diligencia para exigir la responsabilidad penal del personal de servicio de la Administración pública, no constituirá obstáculo alguno para que pueda seguirse procedimiento administrativo a fin de exigir de la Administración la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación de sus agentes que pueda ser considerada delito. (...) únicamente se interrumpirá el procedimiento administrativo si la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal es necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.”²²¹

Cuando la responsabilidad civil deriva del delito “será posible formular la pretensión civil de indemnización en el proceso penal, pretensión que se resolverá en la sentencia penal (art. 742, parrafo segundo, de la Ley de enjuiciamiento criminal). El lesionado puede formular la pretensión civil de indemnización en el proceso penal, en cuyo caso, como la Administración pública será subsidiariamente responsable, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o centro público presuntamente responsable civil subsidiario.”²²²

El artículo 121 CP regula la Responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por funcionamiento de los servicios públicos. En este caso la Administración pública:

“responde subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando estos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

²²¹ J. GONZÁLEZ PÉREZ – F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentario*, ob. cit., pág. 3286.

²²² *Ibid.*, pág. 3287.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.”

Esto significa que quando la responsabilidad civil deriva de un delito el perjudicado puede reclamar el daño no solamente a la Administración sino también al funcionario causante el daño.

➤ 2.5.3.2 La responsabilidad disciplinaria.

La responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos no es ligada a la reparación del daños de estos cometidos sino “vinculada a la exigencia del buen funcionamiento en la gestión organizativa de la Administración.”²²³ y al perseguimento de “la salvaguarda del prestigio y dignidad de la Administración y la garantía de la correcta actuación de los funcionarios.”²²⁴. Por tanto la potestad disciplinaria de la pública Administración es finalizada a sancionar las infracciones al Código de conducta del empleado público.

La competencia exclusiva en materia de disciplina básica de lo status del empleado público pertenece al Estado (artículo 103.3 CE) :

“La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.”

La Ley de disciplina básica de lo status del empleado público ha sido aprobada el 12 de abril de 2007 núm. 7 (EBEP).

En España con la promulgación del Estatuto Básico del Empleado Público por primera vez se establece una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico código de conducta. Como precisa la Exposición de motivos del mismo EBEP:

²²³ J. IVARS RUIZ – R.S. MANZANA LAGUARDA , *Responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos*, Valencia, 2008, pág. 13.

²²⁴ Tribunal Supremo, sentencias, númm. 5780 y 11717 de 1988.

“Estas reglas se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias. Pues la condición de empleado público no sólo comporta derechos, sino también una especial responsabilidad y obligaciones específicas para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio.”

Además sigue señalando que la misma:

“establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público” y en desarrollo de la misma “el legislador estatal y de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones, así como las normas aplicables a la Administración local, respetando en este último caso la autonomía organizativa de las entidades locales”.

La responsabilidad disciplinaria proyecta sus efectos sobre las personas físicas dependientes de la Administración. Su finalidad es garantizar el cumplimiento – a través de las normas orientadora contenida de 52 a 54 del EBEP más conocidas como Código de conducta - de los deberes y obligaciones de los empleados públicos establecidos en la Constitución y en resto del ordenamiento jurídico.

El artículo 52 del Código de conducta dice:

“Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes. Los principios y reglas establecidos en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos.”

El incumplimiento de estas normas por parte de los empleados públicos además de la responsabilidad disciplinaria puede dar lugar – como hemos señalado *supra* – a la responsabilidad patrimonial y/o penal.

El régimen disciplinario de dicha responsabilidad se encuentra en los artículos de 93 a 98 EBEP.

Además que en estos artículos del EBEP, fuentes del régimen disciplinario son contenidas también:

- En el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado;
- En los Convenios colectivos;
- En la legislación en materia de las Comunidades autónomas: “las Comunidades autónomas puedan establecer con fundamento razonable, tipos que difieran de los regulados en las normas básicas, siempre que no las contradigan.” (STC 37/2002 de 14 de febrero)
- En la legislación en materia de carácter local: Real Decreto 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL) artículos de 146 a 152.

Por lo que concierne el Real Decreto 33/1986 y los convenios colectivos conviene señalar que esos siguen vigentes en todo lo que no resulten incompatibles con lo dispuesto en el EBEP (apartado 13 de las Instrucciones para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos).

El artículo 93.1 EBEP considera sometido al régimen disciplinario:

“Los funcionarios público y el personal laboral.” a su servicio, o sea personal que no son funcionarios de carrera sino su puesto de trabajo está conforme a la contratación laboral. El artículo 93.4 añade:

“El régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral.”

En el mismo sentido el artículo 92.1:

“El personal laboral se regirá por el Estatuto del los Trabajadores y por los Convenios Colectivos que les sean de aplicación.”

En fin, como observan IVARS RUÍZ y MANZANA LAGUARDA “Cuando la relación laboral se establece en el ámbito del empleo público está sujeta a ciertas especificidades, y por eso algunos principios, como los de mérito y capacidad en el acceso, y ciertas normas de derecho público, como el régimen de incompatibilidades, vienen siendo de aplicación común al personal estatutario y al laboral.”²²⁵

Como hemos subrayado *supra* la infracción en que pudiera caer el empleado público no excluye de la responsabilidad penal o patrimonial que pudiera derivarse de tale infracción (art. 94.1 EBEP).

En efecto “Cuando de la instrucción de un procedimiento disciplinario resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad, se suspenderá su tramitación poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la Administración.” (art. 94.3).

La potestad disciplinaria está sujeta a los siguientes principios:

- Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa, o en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos;
- Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor;
- Principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación²²⁶;
- Principio de culpabilidad, o sea si exige la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto sancionado con rechazo de la responsabilidad objetiva;
- Principio de presunción de inocencia (art. 94.2).

²²⁵ J. IVARS RUIZ – R.S. MANZANA LAGUARDA , *ob. cit.*, pág. 35.

²²⁶ De ahí se desume que la potestad disciplinaria no tiene carácter discrecional de modo que “cuando para una determinada infracción haya legalmente previsto un elenco de sanciones, la imposición de una más grave o elevada que la establecida con el carácter de mínima deberá ser claramente motivada.” (J. IVARS RUIZ – R.S. MANZANA LAGUARDA , *ob. cit.*, pág. 67).

El artículo 95 EBEP – igualmente al artículo 127 de la LRJPAC - señala que las infracciones pueden ser muy graves, graves y leves. El Estatuto se limita a tipificar solamente las faltas muy graves. Mientras que la faltas grave y leves resultan tipificadas en los artículos 7 y 8 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado.

Para sancionar las faltas el Estatuto prevé el procedimiento sancionador que a su vez tiene distintas la fase instructora de la fase sancionadora.

Órganos competentes para sancionar son los Ministros, los Secretarios de Estado del Departamento, los Subsecretarios del Departamento y los Directores Generales con respecto a sus propios personal dependiente (art. 47 Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado) y el Alcalde para los empleados en ámbito local (art. 21.1.h TRRL):

“El procedimiento se iniciará siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia del orden superior, moción razonada de los subordinados o denuncia.” (art. 27 Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado). “En la resolución por la que se incoe el procedimiento se nombrará Instructor, que deberá ser un funcionario público perteneciente a un cuerpo o escala de igual o superior grupo al del inculpado.” (art. 30 Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado).

CAPÍTULO IV: PROYECTO SOBRE LA NUEVA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA. ¿QUÉ PAPEL TIENE INTENCIÓN DE ASIGNAR EL LEGISLADOR AL RESPONSABLE DEL PROCEDIMIENTO PARA ALCANZAR EL OBJETIVO DE UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EFICIENTE, TRANSPARENTE Y ÁGIL?

Introducción

La reforma de la Ley 30/1992 ha sido dictada por “el convencimiento de que una economía competitiva exige unas Administraciones Públicas eficientes, transparentes y ágiles.” Por esta razón el “Programa nacional de reformas de España para 2014 recoge expresamente la aprobación de nuevas leyes administrativas como una de las medidas a impulsar para racionalizar la actuación de las instituciones y entidades del poder ejecutivo, mejorar la eficiencia en el uso de los recursos públicos y aumentar su productividad.” El legislador ha podido observar como “Los defectos que tradicionalmente se han venido atribuyendo a las Administraciones españolas obedecen a varias causas, pero el ordenamiento vigente no ajeno a ellas, puesto que el marco normativo en el que se ha desenvuelto la actuación pública ha propiciado la aparición de duplicidades e ineficiencias, con procedimientos administrativos demasiado complejos que, en ocasiones, han generado problemas de inseguridad jurídica. Para superar estas deficiencias es necesaria una reforma integral y estructural que permita ordenar y clarificar cómo se organizan y relacionan las Administraciones tanto externamente, con los ciudadanos y empresas, como internamente con el resto de Administraciones e instituciones del Estado.” Por lo tanto “En coherencia con este contexto, se propone una reforma del ordenamiento jurídico público articulada en dos ejes fundamentales: las relaciones ad extra y ad intra de las Administraciones Públicas. Para ello se impulsan simultáneamente dos nuevas leyes que constituirán los pilares sobre los que se asentará el Derecho administrativo español: la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.” La reforma de la Ley 30/1992 “constituye el primero de estos dos ejes, al establecer una regulación completa y sistemática de las relaciones ad extra entre las Administraciones y los administrados.”²²⁷.

²²⁷ Apartado primero Exposición de Motivos Proyecto de Ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas. En este sentido también la Memoria subraya como “Con carácter general, se considera que esta reforma tendrá un impacto económico positivo, pues se trata de una norma esencialmente organizativa dirigida a incrementar la transparencia y eficacia de la actuación de las Administraciones Públicas, tanto en lo referido al procedimiento de producción de actos administrativos como al procedimiento de elaboración de propuestas normativas. En efecto, la regulación dispersa y confusa del procedimiento administrativo dificulta su conocimiento por los interesados, ciudadanos y empresas. En cambio, contar con un procedimiento administrativo claro y adecuado a las demandas de agilidad y eficiencia, manteniendo las garantías, y que generaliza el uso de medios electrónicos genera eficiencia, certidumbre, transparencia y predictibilidad en el comportamiento de la Administración. Todo ello contribuye a generar confianza entre los operadores económicos y un entorno regulatorio favorable a la actividad económica. Asimismo, la nueva ley supone un impulso decidido para la implantación definitiva de la tramitación electrónica general y obligatoria de todos los procedimientos administrativos, y una simplificación importante de los

En la Memoria se advierte que: “También para una mayor seguridad jurídica se establece un procedimiento administrativo común único para todas las Administraciones Públicas, previendo la posibilidad de que puedan existir algunos trámites especiales, en función de la materia. Este nuevo planteamiento permitirá superar el ingente número actual de tipologías de procedimientos especiales, facilitando que se pueda conocer a priori y con carácter general los trámites de los que se compone cualquier procedimiento administrativo y la duración de los mismos.”²²⁸.

Una medida para conseguir una administración pública eficiente, transparente y ágil es fomentar un uso pleno de los medios electrónicos²²⁹. Por esta razón el intento del legislador fue lo de contar con una nueva Ley que sistematice toda la regulación relativa al procedimiento administrativo, integrando en un única disposición el contenido de las Leyes 30/1992 y 11/2007 (esta última en materia de derechos de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Público) con el intento de generalizar el uso de medios electrónicos en el procedimiento administrativo. Sobre este último punto el Consejo de Estado ha apuntado como el derecho de los ciudadanos a relacionarse a través de medios electrónicos debe ser entendido como una opción – o sea si los ciudadanos así lo desean - y no como una obligación²³⁰.

El apartado segundo de la Exposición de Motivos del Proyecto define el procedimiento administrativo “como el conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración.”

Con respecto a los apuntes destacados por el Consejo de Estado, en esta sede y relacionado con este trabajo cabe señalar que una novedad muy importante en el proyecto de reforma 2015 de la Ley sobre el procedimiento administrativo la encontramos en el art. 71.3 que por primera vez introduce la figura del responsable del procedimiento entendida como una persona individual que tiene la responsabilidad de la fase instructora: “Las personas designadas como órgano instructor o, en su caso, los titulares de las unidades administrativas que tengan atribuida tal función serán responsables directos de la tramitación del procedimiento y, en especial, del cumplimiento de los plazos establecidos.” Que las personas designadas como órgano instructor deben considerados

trámites y reducción de cargas administrativas.” (*Memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto de ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas* – 7 de Mayo 2015, p. 45).

²²⁸ Memoria, cit., pág. 11.

²²⁹ En la Memoria se recuerda que “Se generaliza el uso de medios electrónicos en el procedimiento administrativo, de forma que la Administración funcione sin papel. Todo ello, sin perjuicio de que los interesados puedan seguir ejerciendo su derecho a relacionarse de manera presencial con la Administración si así lo deciden. Para ello, se simplifican los medios electrónicos a través de los que los ciudadanos pueden relacionarse con las Administraciones Públicas y se generaliza la presentación de documentos a través de un registro electrónico general, por cada Administración, que funcionará como un portal que facilitará el acceso a los registros electrónicos de cada organismo y su correspondiente archivo electrónico.” (*Memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto de ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas* – 7 de Mayo 2015, p. 16).

²³⁰ Dictamen del Consejo de Estado, p. 40.

como *dominus* del procedimiento aparece muy claro en el artículo 75.4 que añade como “En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento”.

El proyecto de ley todavía no quiso dedicar una sección a esta figura con tareas bien identificada (aunque de carácter general) como hizo el legislador italiano con el artículo 6 de la Ley 241/1990.

En el marco del Proyecto de Ley viene identificada con «el órgano competente»²³¹, «instructor del procedimiento»²³², «La Administración»²³³

Disposición analoga al artículo 6.1-e Ley 241/1990 es el artículo 88.7 del proyecto “Cuando la competencia para instruir y resolver un procedimiento no recaiga en un mismo órgano, será necesario que el instructor eleve al órgano competente para resolver una propuesta de resolución.”²³⁴

Nos recuerda el Consejo de Estado en su dictamen²³⁵ sobre el Anteproyecto que el Estado Central tiene competencia sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y sobre el procedimiento administrativo. Esto explica que el legislador esté legitimado para abordar de manera básica algunos aspectos de la potestad de autorganización de todas las autoridades públicas. Por eso se puede decir que el Proyecto no invade las competencias de las Comunidades Autónomas al regular esta cuestión del instructor del procedimiento. Además me gustaría resaltar que el legislador básico ha sido muy prudente a la hora de tratar *ex novo* esta cuestión en el Proyecto que estamos examinando. Es más, cabe plantearse si podía haber dado un par de pinceladas más al tratar este tema. Lo cierto es que se deja un amplio margen a las Comunidades Autónomas para que ellas puedan diseñar a su gusto el régimen jurídico de la figura del instructor del procedimiento. Incluso si estas últimas generosas pueden aprovechar para también dejar un cierto espacio para que los Entes Locales puedan a su vez elaborar la figura del instructor del procedimiento. El caso italiano podría ser un ejemplo parecido de lo que estamos afirmando. En Italia la Ley estatal traza unas líneas elementales sobre esta cuestión que son desarrolladas por la Regiones en primer lugar y finalmente precisadas por los Ayuntamientos²³⁶.

²³¹ Artículo 76.1 “1. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.

Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución.”

²³² Artículo 77.2 y 3

²³³ Artículo 78

²³⁴ Artículo 6.1-e Ley 241/1990 “Il responsabile del procedimento: (...) e) adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all’organo competente per l’adozione. L’organo competente per l’adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell’istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale.”

²³⁵ Dictamen del Consejo de Estado, pp. 46-47.

²³⁶ Me remito a lo explicado en la parte dedicada al ordenamiento jurídico italiano (véase capítulo V), y en especial al caso del Ayuntamiento de Florencia (véase capítulo V, §§ 3.2 y 3.2.1.1).

1. LA CONSIDERACIÓN DEL PRINCIPIO DE EFICACIA.

El instructor también debe lograr el pleno respeto a otros principios que recuerda el Proyecto de Ley, la norma actualmente en vigor y la Constitución. En concreto querría subrayar el principio de eficacia, en relación con el derecho que tienen los ciudadanos a presentar alegaciones. En principio los administrados no tienen un límite legal a la hora de alegar. Sin embargo, la incorporación de medios electrónicos *de facto* supone en algunas ocasiones una limitación. Esto es así porque la aplicación informática limita el número de caracteres, de tal modo que el ciudadano no puede alegar todo lo que desea. Esta restricción al derecho de alegación creo que tiene una razonable justificación en el principio de eficacia y de economía. Resulta contradictorio exigir al instructor que agilice la tramitación del procedimiento mientras que al ciudadano no se le requiere para que colabore con el instructor en su tarea aportándole toda la información de la manera más sintética posible.

Igualmente con base en el principio de eficacia se puede obligar al instructor a que garantice el buen funcionamiento de las aplicaciones informáticas. Esta exigencia no hay que entenderla en un sentido técnico. Obviamente el diseño de las páginas web lo debe realizar un técnico informático, pero el control del contenido y de su buen funcionamiento se le puede exigir al instructor. Por ejemplo, en muchas ocasiones se producen errores de diseño que impiden al ciudadano o acceder a la página o acceder a alguna de sus pestañas. Sería deseable que el instructor vigilase que todo funciona correctamente para hacer una realidad la agilización del procedimiento.

Ahora bien, aunque el instructor es el responsable de la buena gestión de la aplicación informática, debe contar con la cooperación de la Administración de la que depende. Esto significa que si la Administración quiere lograr ese ambicioso objetivo plasmado en la memoria de impacto normativo, cuando dice que se quiere una Administración con «cero papel», debe facilitar la tarea del instructor. Podemos preguntarnos cómo conseguir este objetivo. La respuesta es bien sencilla. En primer lugar el instructor del procedimiento debe ser tenido muy en cuenta a la hora de diseñar la aplicación informática. Si queremos hacer una realidad los principios de eficacia y de economía es imprescindible contar con un diseño de página web lo más sencilla posible. Es decir, es imprescindible tener un diseño de fácil acceso para el ciudadano y de ágil gestión para el instructor. Por tanto, el instructor debe tener un papel protagonista junto con los técnicos.

2. EL FUNCIONARIO HABILITADO

Otra cuestión también interesante es la del «funcionario habilitado» prevista en artículo 26 del Anteproyecto. En relación con este precepto el Consejo de Estado en su Dictamen²³⁷ ha afirmado lo siguiente:

“en particular, merece destacarse que el artículo 28 reconoce, como lo hacen hoy los arts. 6 y 27 de la Ley 11/2007, el derecho de la personas físicas a comunicarse con las Administraciones públicas mediante medios electrónicos si así lo desean. Se trata, por tanto, de una opción que permite al administrado decidir la forma en que se relaciona con la Administración. Sin embargo, tras anunciar este derecho, el artículo 28 añade una excepción («salvo que esten obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones públicas») que, a diferencia de lo previsto en la Ley 11/2007, ya no debe quedar establecida en una norma de rango legal, sino que puede imponerse mediante normas reglamentarias. De este modo en los supuestos aún no concretados que tales normas determine, el derecho tornará en obligación, eliminándose en tales casos la posibilidad de elección de medios no electrónicos por parte del administrados. No obstante, para no impedir el acceso de los interesados a la Administración, el Anteproyecto regulan en el artículo 26, bajo la rúbrica «Asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados», un mecanismo para garantizar que los interesados puedan relacionarse con la Administración a través de medios electrónicos, consistente en la previsión de que exista un funcionario habilitado para tal función que le auxilien en la realización de los tramites correspondientes. A tale efecto, se prevé igualmente que la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales mantengan actualizado un registro de los funcionarios habilitados para estas operaciones.”.

A la vista de esta cuestión cabe plantearse la pregunta de si este «funcionario habilitado» hace referencia a una tarea que hay que incluir entre las funciones propias del instructor. Creo que desde el punto del vista teorico y siendo ortodoxa esta función queda fuera de las competencias propias o estrictas del instructor. Este último actúa una vez que el procedimiento se ha iniciado. Considerando el artículo 26 del Anteproyecto todo parece indicar que la figura del funcionario habilitado está pensada para ayudar al ciudadano a presentar su solicitud para que se inicie el procedimiento. Y

²³⁷ págs. 40-41

como mucho para facilitar el acceso a tramites posteriores. Pero lo que es la gestión del contenido de esto tramites corresponde al instructor.

Ahora bien, hay que preguntarse si es realista desde un punto de vista estrictamente financiero la existencia de esta nueva figura como auxiliar del instructor. Puedes ser que ocurra que la Administración, siempre escasa de medios económicos, caiga en la tentación de ampliar por la puerta de atrás las funciones que en sentido estricto deben corresponder al instructor del procedimiento.

En Italia la existencia de esta figura a fecha de hoy ni existe ni se ha planteado. Para empezar porque en general los procedimientos administrativos electronicos son muy excepcionales. Y luego porque como en España el instructor del procedimiento posee un papel protagonista, lo que unido a la similar escasez de medios hace complicado imaginar una figura como la del funcionario habilitado como un empleado público independiente.

3. EL APODERAMIENTO Y SU REGISTRO

Otro tema que afecta directamente a la figura del instructor es el relativo a los apoderamientos y su registro²³⁸. El artículo 5 apartados 4 y 5 del Proyecto dispone lo siguiente: “4. La representación podrá acreditarse mediante cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna de su existencia. A estos efectos, se entenderá acreditada la representación realizada mediante apoderamiento *apud acta* efectuado por comparecencia personal o comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica, o a través de la acreditación de su inscripción en el registro electrónico de apoderamientos de la Administración Pública competente. 5. El órgano competente para la tramitación del procedimiento deberá incorporar al expediente administrativo acreditación de la condición de representante y de los poderes que tiene reconocidos en dicho momento. El documento electrónico que acredite el resultado de la consulta al registro electrónico de apoderamientos correspondiente tendrá la condición de acreditación a estos efectos.”. A continuación el artículo 6 detalla con mucha precisión el tema de la gestión del Registro electrónico de apoderamientos²³⁹.

²³⁸ En la Memoria si afirma lo siguiente: “Por lo que respecta a la representación, por primera vez se regula la posibilidad del apoderamiento “*apud acta*”, bien presencial o bien electrónico, y su inscripción en un Registro Electrónico de Apoderamientos general o de cada Organismo según corresponda. El poder conferido a través del apoderamiento *apud acta* tendrá efectos únicamente ante las Administraciones Públicas y estará clasificado en alguna de las tipologías de poder previstas en el anteproyecto. Asimismo, tendrá una duración máxima de cinco años, pudiendo el poderdante prorrogar o revocar el poder en cualquier momento antes de la finalización de este plazo.” (*Memoria*, cit., pág. 18). Sobre el Registro electrónico de apoderamiento véase también las páginas 21 y ss. de la *Memoria*.

²³⁹ Artículo 6. *Registros electrónicos de apoderamientos*.

1. La Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales dispondrán de un registro electrónico general de apoderamientos en el que deberán inscribirse, al menos, los apoderamientos generales *apud acta* otorgados presencial o electrónicamente por quien ostente la condición de interesado en un procedimiento

La gestión de este Registro como se dice expresamente en el apartado 5 del artículo 5 citado arriba va a corresponder al responsable del procedimiento, en cuanto “órgano competente para la tramitación del procedimiento”. Se recoge así una función tradicional del instructor consistente en controlar a las personas que actuaban en representación de otros. Ocurre que lo que antes era una labor sencilla ahora se complica por la necesidad de gestionar el Registro. Querría subrayar que por el momento en Italia no se ha previsto instituir un Registro parecido por lo que el instructor del procedimiento en dicho país se sigue limitando a la tarea de cotejar que la documentación que le presenta el representante es correcta sin necesidad de realizar un registro.

administrativo a favor de representante, para actuar en su nombre ante las Administraciones Públicas. También deberá constar el bastanteo realizado del poder. En el ámbito estatal, el registro electrónico general de apoderamientos será el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado. Los registros generales de apoderamientos no impedirán la existencia de registros de apoderamientos en cada Organismo para la realización de los trámites específicos de cada uno. Cada Organismo podrá disponer de su propio registro electrónico de apoderamientos. 2. Los registros electrónicos generales de apoderamientos y los registros electrónicos de apoderamientos de cada Organismo pertenecientes a todas y cada una de las Administraciones, deberán ser plenamente interoperables entre sí, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se registren en sus correspondientes registros. Los registros electrónicos generales de apoderamientos y los registros electrónicos de apoderamientos de cada Organismo permitirán comprobar válidamente, mediante la consulta a otros registros administrativos similares, así como al registro mercantil y de la propiedad, y a los protocolos notariales, la representación que ostentan quienes actúen ante las Administraciones Públicas en nombre de un tercero. Los registros mercantiles, de la propiedad, y de los protocolos notariales serán interoperables con registros electrónicos generales de apoderamientos y los registros electrónicos de apoderamientos de cada Organismo. 3. Los asientos que se realicen en los registros electrónicos generales de apoderamientos o en los registros electrónicos de apoderamientos de cada Organismo deberán contener, al menos, la siguiente información: a) Nombre y apellidos o la denominación o razón social, Documento Nacional de Identidad, número de identificación fiscal o documento equivalente del poderdante. b) Nombre y apellidos o la denominación o razón social, Documento Nacional de Identidad, número de identificación fiscal o documento equivalente del apoderado. c) Fecha de inscripción. d) Período de tiempo por el cual se otorga el poder. e) Tipo de poder según las facultades que otorgue. 4. Los poderes que se inscriban en los registros electrónicos generales de apoderamientos o en los registros electrónicos de apoderamientos de cada Organismo deberán corresponder a alguna de las siguientes tipologías: a) Un poder general para que el apoderado pueda actuar en nombre del poderdante en cualquier actuación administrativa y ante cualquier Administración. b) Un poder para que el apoderado pueda actuar en nombre del poderdante en cualquier actuación administrativa ante una Administración u Organismo concreto. c) Un poder para que el apoderado pueda actuar en nombre del poderdante únicamente para la realización de determinados trámites especificados en el poder. A tales efectos, por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas se aprobarán, con carácter básico, los modelos de poderes inscribibles en el registro distinguiendo si permiten la actuación ante todas las Administraciones de acuerdo con lo previsto en la letra a) anterior, ante la Administración General del Estado o ante las Entidades Locales. Cada Comunidad Autónoma aprobará los modelos de poderes inscribibles en el registro cuando se circunscriba a actuaciones ante su respectiva Administración. 5. El apoderamiento apud acta se otorgará mediante comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica haciendo uso de los sistemas de firma electrónica previstos en esta Ley, o bien mediante comparecencia personal en las oficinas de asistencia en materia de registros. 6. Los poderes inscritos en el registro tendrán una validez determinada máxima de cinco años a contar desde la fecha de inscripción. En todo caso, en cualquier momento antes de la finalización de dicho plazo el poderdante podrá revocar o prorrogar el poder. Las prórrogas otorgadas por el poderdante al registro tendrán una validez determinada máxima de cinco años a contar desde la fecha de inscripción. 7. Las solicitudes de inscripción del poder, de revocación, de prórroga o de denuncia del mismo podrán dirigirse a cualquier registro, debiendo quedar inscrita esta circunstancia en el registro de la Administración u Organismo ante la que tenga efectos el poder y surtiendo efectos desde la fecha en la que se produzca dicha inscripción.

4. LA DIGITALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En la Memoria se hace referencia a la “obligación de todas las Administraciones de transformar en formato electrónico los documentos que se presenten en papel por los interesados”

240

Con esta idea se quiere potenciar el objetivo de conseguir una Administración con cero papel. Para alcanzar este fin una vez más va a desempeñar un papel fundamental el instructor del procedimiento. Todo apunta a que va a ser el o ella quien se encargue de gestionar en exclusiva esta tarea. Hay que advertir que el instructor se puede ver desbordado si al final se acaba encargando en exclusiva de esta función. Resulta evidente que va a ser necesario que cuente con personal auxiliar. La duda razonable en la que podemos hacer hincapié reside en que se vaya a contar con medios para poder ejercer esta función. Para evitar que al final el instructor no pueda desempeñar su labor esencial (que es impulsar los trámites del procedimiento), parece adecuado externalizar la digitalización de la documentación que aporten los ciudadanos. En Italia el legislador todavía no se ha atrevido a introducir una obligación general similar. En la práctica italiana normalmente el instructor del procedimiento no suele encontrarse con la necesidad de digitalizar los documentos que aportan los interesados.

5. DERECHOS DE LOS CIUDADANOS A NO APORTAR DOCUMENTOS QUE OBRAN EN PODER DE LA ADMINISTRACIÓN

El Proyecto, tal y como se nos explica en la Memoria²⁴¹, pretende “lograr procedimientos administrativos más ágiles y eficientes, reduciendo cargas administrativas y acortando plazos de gestión, lo que generará una previsible importante reducción de costes.”. Para alcanzar este objetivo una de las medidas que se prevén consiste en “no solicitar a los interesados documentos originales o que hayan sido presentados previamente ante cualquier Administración o elaborados por éstas.”²⁴².

Hay que advertir que ya la Ley 30/1992 en la letra f) del artículo 35 establecía el derecho de los ciudadanos a no presentar documentos que ya se encontrasen en poder de la Administración actuante²⁴³. Por consiguiente el Proyecto insiste en esta idea en muchas ocasiones de difícil aplicación práctica. Aquí nos interesa abordarla desde la perspectiva del instructor del

²⁴⁰ Memoria, cit., pág. 11. Véase también A. PALOMAR OLMEDA, La transformación del procedimiento administrativo en procedimiento electrónico, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 852, 2012, pág. 8.

²⁴¹ Memoria, cit., pág. 12

²⁴² En la página 29 la Memoria precisa que “Tampoco deberán los interesados presentar documentos que hayan sido elaborados por las Administraciones Públicas. Se presumirá que esta consulta es autorizada por los interesados salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso.”

²⁴³ En lo que respecta a la situación legal italiana sobre este tema me remito a lo que ya he explicado en el capítulo V correspondiente al examen del ordenamiento jurídico transalpino.

procedimiento²⁴⁴. Esta previsión legal es de gran utilidad no solo para el ciudadano sino también para el responsable del procedimiento que no tiene que parar los tramites solicitando al interesado eventualmente en el curso de la instrucción que aporte los documentos que faltan. De este modo se hace realidad el principio de economía en la tramitación. Ahora bien el instructor puede cumplir mejor esta tarea cuando el documento obra en poder de la misma persona física o de la misma unidad administrativa u organo dentro de una Administración. Pero cuando el instructor necesita acceder a un documento que se encuentra en los archivos o expedientes de otra Administración pública el cumplimiento de este beneficios deber puede ser complicado si no tenemos una estructura administrativa muy bien organizada y coordinada. Para ello resulta imprescindible facilitar la labor de responsable del procedimiento con un sistema eficiente de interconexión de administraciones públicas. Es quizás aquí donde se ven más claramente los beneficios de la Administración electrónica o con cero papel. El instructor podrá hacer realidad este derecho ciudadano si desde su ordenador de trabajo puede facilmente acceder a los archivos informaticos de otros compañeros que estan empleados en unidades administrativas ubicadas en otras personas jurídico-públicas. Por este motivo en la Memoria se subraya que “El Anteproyecto prevé la creación de un Archivo Electrónico único por Administración Pública. En el ámbito de la AGE, el AEU se encargará de integrar los documentos electrónicos producidos por los distintos Departamentos y Organismos de la misma. La previsión es consecuencia directa de la existencia del Esquema Nacional de Interoperabilidad, que trata de garantizar la interconexión e interoperabilidad total de los sistemas de información de la AGE, y presupone la existencia de un sistema común de gestión documental o, cuando menos, de sistemas documentales interoperables.”²⁴⁵.

6. EL ARCHIVO ELECTRÓNICO ÚNICO

Por último es interesante detenerse en el tema del Archivo Electrónico. En la Memoria se nos explica lo siguiente: “En materia de archivos se introduce como novedad la obligación de cada Administración Pública de mantener un archivo electrónico único de los expedientes que correspondan a procedimientos finalizados, así como la obligación de que estos expedientes sean conservados en un formato que permita garantizar la autenticidad, integridad y conservación del documento, así como su consulta con independencia del tiempo transcurrido desde su emisión. Esta

²⁴⁴ En la *Memoria* se dispone lo siguiente: “Se simplifican trámites y se reducen cargas administrativas. De este modo, la regla general será no aportar documentos originales salvo que excepcionalmente así se recoja en su normativa reguladora y no se podrá requerir al interesado que aporte un documento que no exija la normativa reguladora del procedimiento o que ya haya sido aportado por el interesado a otra Administración (el interesado deberá indicar a quién lo aportó y cuándo). Los interesados tampoco deberán aportar al procedimiento documentos que hayan sido elaborados por cualquier Administración, siendo responsabilidad de cada Administración incorporarlos de oficio al procedimiento.” (*Memoria*, cit., pág. 19).

²⁴⁵ *Memoria*, cit., pág. 56.

medida, junto con la generalización de la tramitación electrónica de los procedimientos y la definición del expediente administrativo, permite dar respuesta a dos de las principales preocupaciones manifestadas por los responsables de los archivos españoles; la falta de espacio existente y el vacío de documentación que se viene produciendo ante la falta de control de los documentos electrónicos que se deben incorporar al expediente administrativo..²⁴⁶. Este archivo obviamente se va a nutrir del material que habrá ido recopilando el instructor del procedimiento. A fecha de hoy el instructor experimenta una etapa de transición tanto en España como en Italia. Estamos pasando de una Administración que gestiona expedientes en papeles a una Administración dominada por la tecnología informática. Esto significa que el deber que tiene el responsable del procedimiento de garantizar la autenticidad, integridad y conservación de los documentos se complica considerablemente precisando de una formación personal especializada en este tema unido a un considerable refuerzo de las medidas de seguridad con que cuenta la Administración donde trabaja. En la Memoria se explica: “A este respecto, cabe señalar que la creación de este archivo electrónico único resulta compatible con los diversos sistemas y redes de archivos en los términos previstos en la legislación vigente, y respetará el reparto de responsabilidades sobre la custodia o traspaso correspondiente. Asimismo, el archivo electrónico único resultará compatible con la continuidad del Archivo Histórico Nacional de acuerdo con lo previsto en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y su normativa de desarrollo..²⁴⁷”.

Conclusión

Al final cabe concluir que el Proyecto a la vista de lo que se explica en la Memoria, para el instructor del procedimiento va a suponer al mismo tiempo un efecto positivo y negativo. Positivo porque la previsión de eliminar trámites obviamente redundará en facilitar y agilizar su trabajo. Negativo en el sentido de que la previsión de que alguno de esos trámites pasen a ser iniciados de oficio por la administración supondrá una agravamiento de sus tareas. Con todo lo positivo muy posiblemente superará lo negativo debido a la generalización del uso obligatorio de los medios electrónicos en el procedimiento.

²⁴⁶ *Memoria*, cit., págs. 26-27.

²⁴⁷ *Memoria*, cit., pág. 27.

CAPÍTULO V: LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ITALIANA Y EL RESPONSABLE DEL PROCEDIMIENTO.

Introducción.

La Ley sobre el Procedimiento Administrativo italiano es relativamente reciente en comparación con la de España (la primera ley - como hemos visto - se remonta a 1889 y fue diseñada principalmente para establecer normas uniformes, que tenían que seguir los ministerios si deseaban adoptar reglamentos ministeriales para regular esta cuestión dentro de su competencia); Austria (1925), y, por influencia, de esta la de Ucrania (1927) y de la ex-Yugoslavia (1957); Alemania (1976), Francia (desde 1978 ha aprobado leyes sobre el principio de contradicción en el procedimiento administrativo, sobre el acceso a los documentos y sobre la participación en el procedimiento) y la de EE.UU de 1946 («*Administrative Procedure Act*»).

Sin embargo, a pesar de la tardanza de Italia en tener una Ley sobre el procedimiento administrativo, el mismo venía siendo objeto de atención doctrinal desde muy atrás, aunque no todos los estudiosos del procedimiento administrativo advirtieron la necesidad de tener una ley en materia de procedimiento administrativo. Así, con anterioridad a la Ley 241/1990, la doctrina italiana conta con una larga tradición de estudios sobre el procedimiento administrativo²⁴⁸. Pero es

²⁴⁸ Vid. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914 que por primera vez en Italia ha hablado del procedimiento administrativo como concatenación de actos. Sucesivamente U. FORTI, Atto e procedimento amministrativo, en *Rivista diritto pubblico*, 1930, I, págs. 349 y ss., ha hablado del procedimiento administrativo como el modus a través del cual se concreta la voluntad de la Administración pública y que culmina en la resolución. Posteriormente la doctrina toma conciencia de que el procedimiento constituye una figura de teoría general del Derecho administrativo sustancial, y en este sentido se sitúa la monografía de SANDULLI de 1940 sobre el procedimiento administrativo que ha dado una noción del mismo con respeto al perfil estructural, es decir como una secuencia de actos preordenada a la adopción de un acto final. Dichos actos están agrupados por fases: los actos que sirven para la introducción y a la apertura del procedimiento (fase de la iniciativa); actos que sirven para introducir y para valorar los intereses presentes en el procedimiento (fase de la introducción); acto constitutivo de los efectos jurídicos externos o sea acto final, que constituye la fase decisional; y en fin la fase eventual de la eficacia como aquella en que intervienen actos de control o de conocimiento u otros, dirigidos a la complitud y cierre de los efectos jurídicos (Vid. A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940). Los años cincuenta ven la doctrina italiana cumplir un paso adelante en la reconstrucción de la teoría del procedimiento administrativo. Hasta entonces el procedimiento administrativo había sido ligado estrechamente a la visión del mismo como mera reconstrucción de actos y extraño a la relación entre poder y acto. BENVENUTI y GIANNINI indagaron sobre la función del procedimiento, llegando a la conclusión que el procedimiento es la forma de la función administrativa. En particular BENVENUTI (Funzione amministrativa, procedimento, processo, en *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1952, págs. 126 y ss.) por primero en Italia ha evidenciado que el procedimiento es la forma para ejercer el poder público. Para este estudioso la función administrativa es aquella actividad jurídica dirigida a la producción de un acto administrativo por un sujeto público titular del relativo poder. Para este autor un sujeto público que tiene el poder de dictar un acto administrativo tiene que ejercerlo siguiendo un determinado procedimiento, es decir, respetando determinados principios, formas y presupuestos.

solo a partir de los años cincuenta del siglo pasado, cuando la doctrina italiana además de hablar de la teoría del procedimiento comenzó también a atribuir importancia jurídica plena al fenómeno de la organización de las oficinas públicas, destacando cómo cada unidad administrativa, y no sólo el órgano, debe ser considerada titular del ejercicio de la función administrativa de acuerdo con la distribución de competencias y responsabilidades en el contexto de la organización de la Administración pública.

Este nuevo enfoque junto a los resultados conseguidos por los juristas de la teoría del procedimiento ha llevado la misma a delinear una especie de disciplina del procedimiento. En consecuencia parte de la doctrina abandonó el enfoque tradicional sobre el acto para centrarse en estudiar las modalidades a través de las cuales el acto tenía que llevarse a cabo²⁴⁹, y considerar el acto administrativo como un resumen de la actividad instructoria²⁵⁰. O sea, identifica la voluntad del acto con la voluntad del procedimiento²⁵¹, y así se afirma la prevalencia del procedimiento administrativo respecto al acto administrativo²⁵².

Tras el cambio de enfoque operado por parte de la doctrina italiana desde el acto administrativo a la organización administrativa y luego a la acción de la Administración pública, también se sintió en Italia la necesidad de regular por ley el procedimiento administrativo y, dentro del mismo, la figura del responsable del procedimiento.

Aunque en Italia la discusión sobre la codificación del procedimiento administrativo inicia ya desde el 1948 cuando el legislador tomó conciencia de la necesidad de tener una ley sobre el

Esta teoría suponía el sometimiento del procedimiento administrativo a los principios y a las reglas que presiden el desarrollo de la función administrativa. Principios y reglas que vienen recabados no sólo de las normas constitucionales, sino también de los principios del ordenamiento y de las singulares disciplinas sectoriales. El estudio de BENVENUTI ha sido profundizado ulteriormente por GIANNINI llegando a la conclusión que el procedimiento es la forma de la función administrativa en cuanto sede de definición del interés público concreto por parte de la Administración pública, a través la ponderación y composición entre intereses públicos y privados (Vid. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, págs. 91 y ss.)

²⁴⁹ Vid. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968; G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione amministrativa*, Milano, 1969.

²⁵⁰ Vid. M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, en *Problemi di amministrazione*, 1981, pág. 41; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, ob. cit., págs. 91 y ss.

²⁵¹ Vid. M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1981, pág. 292.

²⁵² Vid. F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, en *Diritto amministrativo degli anni ottanta, Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, 1987, págs. 83 y ss.

procedimiento administrativo²⁵³, conviene precisar que el estudioso que más que cada otro ha creído en la exigencia de una ley sobre el procedimiento administrativo ha sido Mario Nigro.

En 1983 el legislador italiano estableció la Comisión Ministerial para la adopción de una ley sobre el procedimiento administrativo, cuyo presidente fue el jurista Mario Nigro²⁵⁴. La Comisión trabajó durante tres años y en 1986 pudo presentar ante la Cámara de los Diputados el borrador de ley sobre el procedimiento administrativo. Este borrador fue la base para la redacción final de la Ley 241/1990. La Ley fue promulgada el 7 de agosto de 1990 bajo la rubrica «*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*».

En el 1988, un año antes de su muerte, Mario Nigro intervino a un congreso a Mesina y a Taormina sobre el procedimiento administrativo, y, en aquella ocasión, manifestó su desilusión por la inercia del Parlamento italiano sobre una reforma que interesaba los puntos neurálgicos del aparato de los públicos poderes con un grito de alarma magistral que desafortunadamente también queda hoy en día actual: “Perchè il Parlamento non si affretta a dar veste di legge a regole, che sono unanimente ritenute necessarie non solo dai dotti, ma da tutta la pubblica opinione? (...) Perchè questo accade? Non possiamo nemmeno dire «Quien sabe!», perchè invece si sa benissimo quali ne siano le cause. (...) Anzitutto, in generale, i politici conoscono poco i meccanismi della vita amministrativa (...). I politici non conoscono l’amministrazione e nemmeno ne hanno una vera esperienza, pure se essi provengono da attività di governo regionale o locale in genere, le quali anzi li hanno abituati ad una amministrazione il più spesso mal preparata, supina alla direttiva dei dirigenti politici nazionali, aperta volenterosamente alle cattive influenze politiche. In secondo luogo, l’indifferenza nasce dal desiderio, magari, inconsapevole, dei politici di non istituzionalizzare e irrigidire secondo competenze rigorosamente fissate (...) il rapporto con l’amministrazione, ma di lasciare largo spazio di svolgimento alla cosiddetta pervasività della

²⁵³ En los años 1948 y 1953 la Comisión para la reforma de la Administración pública colocada bajo la Presidencia del Consejo de Ministros redactó los primeros dos borradores de leyes sobre el procedimiento administrativo. Otras propuestas fueron elaboradas por los diputados De Francesco en 1955, Lucifredi en 1958.

²⁵⁴ Mario Nigro murió el 28 de febrero del 1989, o sea un año y medio antes de la promulgación de la ley 241/1990 que en gran parte reflejaba su borrador de ley.

politica, così mantenendo il rapporto stesso in quella flessibilità e quella incertezza che consentono la più piena e puntuale libertà di interventi e di ingerenza, con buona pace dell'autonomia dell'amministrazione che è nella nostra Costituzione (...). Riassuntivamente, sembra poter dire che le leggi sull'amministrazione non le voglia nessuno. Non i politici per le ragioni ora dette. Non gli stessi apparati amministrativi, che pagano il loro tributo a favore dei politici, ne hanno in ricambio la libertà di regolare, come par loro meglio, i loro rapporti con i cittadini. Non i giudici che in generale amano stabilire da sé i principi di vita e le regole d'azione dell'Amministrazione e graduare così anch'essi discrezionalmente il loro potere di incidenza in tale azione. A volere queste leggi non ci sono, probabilmente, che i cittadini allo stato brado, e qualche studioso.”²⁵⁵

Como ha sido notado, el Parlamento italiano le negó a Mario Nigro la satisfacción de ver aprobado el proyecto de ley en favor del cual muchos esfuerzos hubo dedicado. Sin embargo, poco después de su muerte, en el aprobar la ley n. 241/1990, el legislador entregó a la historia del derecho administrativo italiano aquel importante taco por la modernización de la administración, sobre cuyo queda indeleble la huella del presidente de la Comisión que elaboró la propuesta originaria²⁵⁶.

Se trata de una ley sobre el procedimiento y no de una ley del procedimiento dado que no prevé una disciplina completa y exhaustiva de la actuación administrativa, sino que dicta sólo algunos principios y algunas reglas de la acción administrativa.

La ley n. 241/1990 ha sancionado el desplazamiento del baricentro de la actividad administrativa del acto administrativo al procedimiento. La esencia de la decisión está fuera de ello: reside en el procedimiento y el momento decisivo de la actividad administrativa es la instrucción.

²⁵⁵ M. NIGRO, *Relazione introduttiva*, en AA.VV. *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione. Atti del Convegno Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988*, a cura de F. Trimarchi, Milano, 1990, págs. 4, 6-7.

²⁵⁶ Él fue precursor en comprender que el acto administrativo es como el balance de una empresa, que resume las escrituras contables y da una representación sintética y estática. Pero si se quiere conocer la situación contable en su entera, hace falta recurrir a las escrituras contables, en el que se encuentra una representación analítica y que corresponden al procedimiento. Mario Nigro tuvo bien claro como el procedimiento fuera la sede ideal donde hacer encontrar, por los institutos de participación, el público interés con las exigencias de los privados (*Vid.* R. CHIEPPA, Mario Nigro e la disciplina del procedimiento administrativo, *en Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, n. 03, págs. 667 y ss.)

La valorización del procedimiento con respecto del acto administrativo ha permitido superar una visión autoritaria de la administración, que cumple en soledad las decisiones que el ciudadano es destinado a padecer. En este contexto asume una gran importancia el instituto de la participación. Desde ahora en adelante la idoneidad de la instrucción se valora ante todo en la medida en que los destinatarios han sido puestos en condición de contradecir.

Como subrayó la doctrina el legislador italiano había optado “por una normativa ágil y general que pudiese ser (...) un mero núcleo de «garantías mínimas» y de reglas dúctiles destinadas a incidir indirectamente sobre las formas y sobre los procedimientos de la actuación administrativa. En resumen, se recurría a una ley de principios, o sea, a una ley que expresa principalmente unos «valores», unas opciones de civilización jurídica, a las cuales deberán conformarse las leyes y reglamentos que constituyan su actuación y desarrollo.”²⁵⁷

Antes de la Ley 241/1990 el procedimiento administrativo estaba regulado solamente con relación a algunas materias (en italiano se suele decir «era regolato a macchia di leopardo» - a golpe de mata-); o sea, había leyes que rigen el procedimiento administrativo relativo a materias específicas: en materia de licencia de edificación (art. 31 Ley de 17 de agosto de 1942 n. 1150 “Legge urbanistica statale”), en materia de procedimiento disciplinario (Arts. 100 y ss. D.P.R.²⁵⁸ de 10 de enero de 1957 n. 3 “Estatuto del empleo Público”).

En ausencia de una ley general sobre el procedimiento administrativo, si bien las orientaciones doctrinales ahora recordadas junto a la extrapolación de unos principios generales por parte de la jurisprudencia²⁵⁹ que permitían delinear una especie de disciplina del procedimiento, daban siempre lugar, sin embargo, a lagunas e incertidumbres.

La intención del legislador no ha sido la de elaborar un código sobre el procedimiento administrativo, sino la de formular unas reglas generales que debían ser observadas para la

²⁵⁷ A. MASUCCI, Apuntes reconstructivos de la Ley sobre el Procedimiento Administrativo en Italia, en *Documentación Administrativa*, Mayo-Diciembre 1997, núms. 248-249, págs. 308-309.

²⁵⁸ Decreto del Presidente della Repubblica.

²⁵⁹ En esta tarea doctrina y jurisprudencia pudieron contar también con la ayuda de estudios comparados sobre los procedimientos administrativos de otros países (Vid. I. FRANCO, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Bologna, III edición, pág. 21).

tramitación conducente a dictar un acto administrativo. Por tanto, en el derecho administrativo italiano la acción administrativa no se encuentra sujeta, en principio, a ninguna forma particular de actuación del procedimiento. El principio de informalidad del procedimiento cuenta con una concepción dirigida a resaltar la responsabilidad propia del órgano de la instrucción (llamado, como tendremos ocasión de ver, responsable del procedimiento) y de individuar las formas más idóneas en relación a la finalidad del procedimiento. La libertad de la que goza el responsable del procedimiento en la tramitación del procedimiento es, sobre todo, funcional a las exigencias de la actividad decisional.

De todas formas dicha libertad no es incondicionada para el responsable del procedimiento. La tramitación de los concretos procedimientos no puede ser «agravados» si no es por motivadas exigencias impuestas por el desarrollo de la instrucción. En concreto, esto significa no sólo el responsable del procedimiento debe adecuar y conmensurar los instrumentos de la instrucción a las exigencias efectivas a tutelar, sino que dicha autoridad no puede cubrir los espacios dejados libres por las correspondientes disposiciones normativas, agravando los momentos procedimentales sin motivo justificado. En consecuencia, la autoridad, aunque pese sobre ella el deber de comprobar, del modo más exhaustivo y congruente, los hechos sobre los que debe basar su decisión, no puede entorpecer la instrucción con trámites superfluos y excesivos en relación con las finalidades perseguidas. El principio de «no agravación» se dirige, efectivamente, no sólo a garantizar la realización de los preceptos de eficacia y de economía de la acción administrativa (vistos con anterioridad), sino también a proteger a los particulares de la imposición de excesivas y superfluas cargas, impuestas por los poderes públicos para el ejercicio de sus derechos. En efecto durante dicha tramitación del procedimiento las partes (Administración pública e interesados) deberían cooperar de modo paritario. En particular, la Administración pública debía tener encomendada obligaciones precisas de comportamiento y de resultado para incrementar la calidad de su trabajo burocrático, y, entonces, mejorar así su organización (por ejemplo el artículo 4 de la ley 241/1990 ordena que las Administraciones públicas se articulen en unidades organizativas).

Debe ponerse de relieve que el principio de libertad de forma de la acción administrativa ha sido recibido sólo en relación los instrumentos de la instrucción (véase más adelante el comentario al artículo 6 L. 241/1990). En cambio el ejercicio de poderes administrativos se caracteriza por un alto coeficiente de formalización no sólo en el momento de la adopción de la resolución final, sino también durante el curso del procedimiento y en relación ya sea a los actos de la Administración como a los actos de los particulares que participan en el procedimiento, quienes deben presentar en forma escrita sus instancias y por escrito hacer valer (y documentar) sus razones. Este alto grado de formalización subsiste no sólo porque para un gran número de casos está prevista *ad substantiam* la forma escrita (a la cual se ha equiparado, recientemente, la llamada forma informática), sino también porque la escritura (sea en la forma tradicional como en la informática) es requerida a fines documentales. En el Derecho administrativo italiano rige, en efecto, el llamado principio de documentación según el cual de ningún acto o de ninguna actividad puede darse prueba por medio de testimonios o por reconstrucciones sucesivas. Y aun cuando la actividad administrativa es precedida de contactos informales tendentes al ajuste de las respectivas voluntades (por ej. entre Administración y particulares; entre entes públicos o entre órganos de la misma Administración o entre órganos de Administraciones diversas) tal tendencia encuentra explícito reconocimiento a través de la formalización de dichas voluntades en un acto.

Por lo tanto, la idea del legislador ha sido la de orientar la legislación sobre el procedimiento administrativo en dos direcciones. La primera es garantizadora, con la intención de establecer una relación paritaria con los ciudadanos involucrados en el procedimiento administrativo. Dicho objetivo ha sido conseguido a través los institutos de la participación y del derecho de acceso (superando así la tradicional concepción de la supremacía de la Administración pública y estableciendo una relación paritaria entre administrados y Administración pública). La otra dirección en que el legislador se ha movido es en la línea, dentro de la organización interior, de

elevar la eficacia y la eficiencia de la Administración pública con el objetivo de hacerla más productiva.

Según el parecer de la redactora de este estudio, sin embargo en la ley 241/1990 se puede observar una tercera orientación del legislador: la de la simplificación, creando un núcleo de reglas válidas para cada procedimiento administrativo con el *fin* de reducir gravámenes y costes a los ciudadanos . Bajo este aspecto conviene subrayar que los artículos 4-6 prevén el nombramiento de un responsable del procedimiento con la función de crear a un interlocutor único entre la Administración pública y el ciudadano. A la misma lógica de simplificación responde el artículo 14 que preve el instituto de la “Conferencia de los servicios” que permite la acumulación de todos los distintos trámites que el interesado debe realizar ante las diferentes Administraciones públicas con un fin particular, y de cuya realización se encarga el mismo responsable del procedimiento de la Administración que cuida el interés público preponderante.

Desde el punto de vista practico, en Italia los ejemplos más relevantes de simplificación administrativa y enlace entre los distintos procedimientos se han alcanzado con la creación de las “Ventanillas Únicas”. Su función es crear un único sujeto que se relacionará con los ciudadanos. Estas ventanillas suponen agrupar en un soolo organismo todos los trámites diferentes que el ciudadano debe realizar ante la Administración pública. Su fin es agilizar los procedimientos administrativos en la consecución de permisos, acreditaciones, recursos, servicios o presentación de solicitudes, evitando que la ciudadanía sufra las consecuencias de la dispersión espacial impuesta por la estructura de las diferentes Administraciones y el complejo organigrama de cada una de ellas. Las más famosas son las de edificación – S.U.E²⁶⁰ - regulada por primera vez en el Decreto Ley 13 de mayo de 2011 n. 70, y las de actividades económicas - S.U.A.P.²⁶¹ - instituida en el Decreto Legislativo 31 de marzo de 1998 n. 112²⁶². La “Ventanilla Única” ademas de proporcionar a los ciudadanos informaciones y trámites necesarios para ejercer derechos e intereses sobre la materia de

²⁶⁰ Sportello Unico Edilizia

²⁶¹ Sportello Unico per le Attività Produttive

²⁶² Sin embargo en Italia existen ulteriores Ventanillas Únicas con competencia en materias diferentes: ej. Ventanilla Única Previdencial; Ventanilla Única por la inmigración, etc...

competencia de la ventanilla, permite la realización de dichos trámites por medios electrónicos y a distancia. Igualmente se encarga de llevar adelante el procedimiento administrativo proporcionado las informaciones necesarias a los interesados.

Una ulterior confirmación por parte del legislador para continuar con el tema de la simplificación la encontramos en el artículo 20, apartado 4, letra d), L. 59/1997 que autoriza al Gobierno a aprobar reglamentos con el objetivo de reducir el número de procedimientos administrativos y acumular procedimientos que se refieran a la misma actividad. Igualmente se le habilita para sintetizar en una única norma reglamentaria disposiciones procedentes de fuentes de rango diferente, cuando eso sea esencial con vistas a las exigencias de simplificación y de conocimiento de la normativa.

Junto a los principios sacados de la doctrina y la jurisprudencia administrativas italianas, la ley sobre el procedimiento administrativo, gracias a las modificaciones que se han sucedido a lo largo de los años, también se ha enriquecido con los principios importados de la jurisprudencia y legislación comunitaria, como nos indica expresamente el artículo 1, apartado 1 de la L. 241/1990:

“L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell’ordinamento comunitario.”

La producción de la normativa comunitaria – especialmente de directivas y reglamentos y su supremacía con respecto de la legislación nacional - han condicionado notablemente la disciplina de la acción administrativa ya que constituyen el parámetro de legitimidad de la misma. Todo ello con el fin de no descuidar los derechos reconocidos y elaborados por la jurisprudencia comunitaria que han encontrado un reconocimiento explícito en el Tratado de la Unión Europea y en Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, como el "derecho a una buena administración"²⁶³.

²⁶³ Pensamos en el derecho de defensa sobre el que se basa todo el procedimiento administrativo de la Unión Europea. La Corte de Justicia europea ha remarcado que el derecho de defensa constituye un principio general y tiene que estar garantizado en todos los procedimientos administrativos que desembocan en actos desfavorables para el interesado, ya que el derecho de defensa permite expresar el propio punto de vista en orden al estado del hecho objeto del

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 7 DE AGOSTO DE 1990 N. 241

La Constitución italiana, a diferencia de la española no menciona el sujeto a que corresponde la competencia exclusiva de la potestad legislativa en materia de procedimiento administrativo.

Sin embargo de la lectura general de la ley, y de la lectura del artículo 29 se puede sacar una competencia exclusiva del legislador nacional en la determinación del cuadro normativo general del procedimiento administrativo. Al revés corresponde al regulador local la disciplina de detalle en las materias de su competencia. Dicha interpretación se basa en dos motivos: en primer lugar porque, como hemos subrayado *supra*, la L. 241/1990 tiene el mérito de haber contribuido a poner en práctica la simplificación administrativa. Y, en efecto, en la ley están previstos institutos que van en esta dirección: el responsable del procedimiento y “la conferencia de los servicios” en *primis*. Por tanto, negarle al legislador nacional la supremacía en el establecimiento de un núcleo de reglas válidas sobre todo el territorio nacional en materia de procedimiento administrativo supondría una contradicción con el objetivo de simplificación administrativa. En segundo lugar es el mismo artículo 29 apartado 2 L. 241/1990 el que nos lleva hacia esta lectura al establecer que:

“Le regioni ed enti locali, nell’ambito delle rispettive competenze, regolano le materie disciplinate dalla presente legge” (haciendo así referencia a los institutos previstos por la presente ley) “nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell’azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge”,

y subrayando en el apartado 1 que:

“Le disposizioni di cui agli articoli 2-bis, 11, 15 e 25 commi 5, 5-bis e 6, nonché quelle del capo IV-bis si applicano a tutte le amministrazioni pubbliche”.

procedimiento. Otro importante principio sancionado por el Derecho comunitario es el de la tutela de la confianza del ciudadano. Los artículos 296 y 297 del Tratado de la Unión Europea sancionan la obligación de motivación y notificación de la medida administrativa; además del derecho de acceso del artículo 15 apartado 3. El Tratado de Niza de 2001 refuerza los institutos de participación y acceso. *Vid.*, R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Ed. Civitas, 2014.

Las disposiciones de que habla esta última norma se refieren a las consecuencias del retraso en la conclusión del procedimiento, a los acuerdos, a la tutela en materia de acceso, así como a la eficacia, la invalidez, la revocación y la anulación del acto administrativo.

Al hilo de la hipótesis de que le corresponde al legislador nacional dictar la disciplina general sobre el procedimiento administrativo, conviene recordar los apartados *2-bis* y *2-ter* del artículo 20 L. 241/1990 que prescriben que el legislador local al disciplinar el procedimiento administrativo relativo a las materias de su competencia, está obligado a respetar los niveles esenciales de las prestaciones enumeradas en el artículo 117 apartado 2 letra *m*) de la Constitución o sea:

“la partecipazione dell’interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l’accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti. Attengono altresì ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all’art. 117, secondo comma, lettera *m*), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti la dichiarazione di inizio di attività e il silenzio assenso e la conferenza dei servizi, salva la possibilità di individuare, con intese in sede di Conferenza unificata di cui all’art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, casi ulteriori in cui tali disposizioni non si applicano”.

En fin el apartado *2-quater* L. 241/1990 concluye estableciendo que:

“Le regioni e gli enti locali, nel disciplinare i procedimenti amministrativi di loro competenza, non possono stabilire garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui ai commi 2-bis e 2-ter, ma possono prevedere livelli ulteriori di tutela.”

Desde un punto de vista subjetivo el artículo 29 apartado 1 y 2 establece que:

“Le disposizioni della presente legge si applicano alle amministrazioni statali, e agli enti pubblici nazionali. Le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all’esercizio delle funzioni amministrative. Le disposizioni di cui agli articoli 2-bis, 11, 15 e 25 commi 5, 5-bis e 6, nonché quelle del capo IV-bis si applicano a tutte le amministrazioni pubbliche”;

mientras como hemos subrayado *supra*:

“Le regioni ed enti locali, nell’ambito delle rispettive competenze, regolano le materie disciplinate dalla presente legge” (entendiendo con ello los institutos previstos por la presente ley) “nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell’azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge”.

Desde el punto de vista objetivo la ley se aplica a la actividad administrativa cuando ésta es dirigida a la protección del interés público. Casetta pone en relieve como “il formarsi della volontà della pubblica amministrazione è sempre un’attività orientata all’interesse pubblico e, come tale, proceduralizzata.”²⁶⁴. Luego como establece al artículo 1 apartado 1-*bis* L. 241/1990:

“La pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente.”.

Sin embargo, la formación de su voluntad sigue las reglas y los principios establecidos por la Ley 241/1990.

En conclusión, la ley sobre el procedimiento administrativo es aplicable a toda la actividad de la Administración pública, ejerza o no potestades.

En fin, puesto que a la defensa de los intereses públicos también están llamados los sujetos privados - y no sólo las Administraciones pública - la ley 241/1990 (artículo 1 apartado 1-*ter*) establece que:

“I soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge.”

2. CRITERIOS GENERALES ENUNCIADOS POR LA LEY 241/1990 PARA LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

La ley sobre el procedimiento administrativo italiano no define ni el procedimiento administrativo ni el responsable del procedimiento. Sólo se limita a fijar los criterios (o principios) generales que tienen que presidir la acción administrativa.

El artículo 1 apartado 1 L. 241/1990 establece que:

²⁶⁴ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, pág. 471

“L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano i singoli procedimenti, nonché dai principi dell’ordinamento comunitario.”²⁶⁵

Una primera observación de hacer es que tal lista de criterios no tiene que considerarse exhaustiva ya que el artículo 3 de la misma ley indirectamente añade el criterio de la eficiencia:

“Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l’uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati.”

Los criterios arriba enunciados (legalidad, economicidad, eficacia, imparcialidad, publicidad, transparencia, eficiencia) son principios que ya formaron parte del patrimonio jurídico italiano. En efecto ellos son fácilmente atribuibles al artículo 97 apartado 2 de la Constitución donde se prescribe que los departamentos de la Administración pública tienen que organizarse de modo que se garantice la imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración²⁶⁶. Pero con los artículos 1 y 3 L. 241/1990 el legislador ha querido expresamente precisar tales criterios frente a la indeterminación de la palabra “buen funcionamiento” - «buon andamento» -, para hacer fácilmente

²⁶⁵ Una clara y definitiva adhesión a los criterios enunciados en la ley 241/1990 emerge del reciente Código de comportamiento de los empleados públicos (desde ahora en adelante "Código"), emanado del Decreto del Presidente de la República el 16 de abril de 2013, n. 62 "Reglamento recante código de comportamiento de los empleados públicos, a norma del artículo 54 del decreto legislativo 30 marzo de 2001, n. 165" el que al art. 1 apartado 1 precisa "los deberes mínimos de diligencia, lealtad, imparcialidad y buena conducta que los empleados públicos dependientes deben observar".

El artículo 3 apartado 1 y 2 del Código evidencia que el empleado público debe observar “la Costituzione, sirviendo la Nazione con disciplina ed onore e conformando la propria condotta ai principi di buon andamento e imparzialità dell’azione amministrativa. Il dipendente svolge i propri compiti nel rispetto della legge, perseguendo l’interesse pubblico senza abusare della posizione o dei poteri di cui è titolare. 2. Il dipendente rispetta altresì i principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza e agisce in posizione di indipendenza e imparzialità, astenendosi in caso di conflitto di interessi.” El coma 4 puntualiza que “Il dipendente esercita i propri compiti orientando l’azione amministrativa alla massima economicità, efficienza ed efficacia. La gestione di risorse pubbliche ai fini dello svolgimento delle attività amministrative deve seguire una logica di contenimento dei costi, che non pregiudichi la qualità dei risultati.” Este apartado 4 hace referencia “contenimento dei costi” de la actividad administrativa. Esto debe entenderse – según la doctrina - “in senso generale ovvero dell’utilizzo delle risorse umane, finanziarie e strumentali e quindi anche una attenta oculatezza nella gestione del tempo dell’azione e, ovviamente, del tempo del procedimento che è anche tempo del privato interessato.” (S. USAI, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, Ed. Maggioli, 2014, pág. 374).

En fin el artículo 9 del Código hace una referencia explícita a la obligación de transparencia: “Il dipendente assicura l’adempimento degli obblighi di trasparenza previsti in capo alle pubbliche amministrazioni secondo le disposizioni normative vigenti, prestando la massima collaborazione nell’elaborazione, reperimento e trasmissione dei dati sottoposti all’obbligo di pubblicazione sul sito istituzionale.”

En sustancia el legislador ha trasladado los criterios fundamentales del procedimiento administrativo en las normas de comportamiento para los empleados públicos que por este motivo se convierten en deberes de oficio.

²⁶⁶ “I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione.”

visibles a los operadores jurídicos de las Administraciones públicas los criterios que deben seguir cuando se van a desarrollar las funciones de carácter administrativo²⁶⁷.

La enunciación de tales criterios ha tenido, por lo tanto, como resultado el contribuir de manera determinante a desplazar la atención de la disciplina de los actos a la disciplina de la actividad de la Administración²⁶⁸. De hecho estos criterios sirven como guía, sea para la Administración pública en general, sea, sobretodo, para las estructuras ejecutivas (jefes de las unidades organizativas, responsables de los servicios y responsables de los procedimientos administrativos). Por ello comparto la opinión de CERULLI IRELLI cuando observa que “l’attività amministrativa non è mai libera (...) ma predeterminata nei modi di azione, nella tipologia degli atti, negli effetti che essi sono capaci di produrre, dalle norme (norme di diritto pubblico), e vincolata nei fini da perseguire, stabiliti dalle norme stesse.”²⁶⁹

Sobre la misma línea de pensamiento encontramos la jurisprudencia administrativa: el T.A.R. Campania (Salerno) sección II, en la sentencia 15 abril de 2012 n. 3907 sostuvo que “in base alla giurisprudenza più recente, l’obbligo giuridico di provvedere sulle istanze dei privati può derivare non solo da una precisa norma di legge, da un regolamento o da un atto amministrativo (come si riteneva in passato: v. AP. n. 10/1978) ma anche dai principi generali regolatori dell’azione amministrativa, come ad es. il rispetto del principio di imparzialità (Cons. Stato IV n. 730/1986), ovvero nel principio di buon andamento dell’azione amministrativa (TAR Abruzzo n. 360/1990, TAR Lazio n. 83/1991) ovvero nel principio di legalità dell’azione amministrativa.”. En fin, una reciente sentencia de la Corte de Casación, Secciones Unidas de 21 de febrero de 2013, n. 4283, ha subrayado que dichos criterios no sólo deben guiar la acción administrativa sino también constituyen el parámetro de acción de la actividad administrativa, poniendo así punto final a la

²⁶⁷ Artículo 97 apartado 2 de la Constitución: “I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.”

²⁶⁸ Con este propósito debe ponerse de relieve que paralelamente a la ley 241/1990 el legislador italiano ha dictado dos leyes (Ley 21 de julio de 2000 n. 205 y sucesivamente Decreto Legislativo 2 de julio de 2010, n. 4.) que han comportado un cambio en el objeto de investigación por parte de los jueces administrativos: de los tradicionales vicios de legitimidad del acto administrativo ahora la mirada es centrada más en los vicios de la actividad administrativa

²⁶⁹ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2012, pág. 251.

disputa de si el juez contable (juez de la Corte dei Conti), está o no legitimado para controlar el fondo de la acción administrativa²⁷⁰. La Corte de Casación argumenta que “La discrezionalità che la L. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1, comma 1, riconosce agli amministratori pubblici nell'individuazione della scelta più idonea, nel caso concreto, per il perseguimento del pubblico interesse - causa e limite intrinseco e funzionale dell'attività della P.A. - per esser legittima deve rispettare i criteri giuridici informatori dell'agere della P.A. dettati dalla Costituzione (art. 97), codificati nella L. 7 agosto 1990, n. 241 - art. 1, comma 1(...), - ribaditi dal D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, art. 1, e dalla L. 30 luglio 1999, n. 286 (art. 1, comma 1: «Le pubbliche amministrazioni devono: a) garantire la legittimità, regolarità e correttezza dell'azione amministrativa (controllo di regolarità amministrativa e contabile); b) verificare l'efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa al fine di ottimizzare, anche mediante tempestivi interventi di correzione, il rapporto tra costi e risultati (controllo di gestione)». Pertanto le scelte elettive degli amministratori, dovendo conformarsi ai suddetti criteri di legalità e a quelli giuridici di economicità (ottimizzazione dei risultati in relazione alle risorse disponibili), di efficacia (idoneità dell'azione amministrativa alla cura effettiva degli interessi pubblici da perseguire, congruenza teleologia e funzionale) e di buon andamento, sono soggette al controllo della Corte dei Conti perché assumono rilevanza sul piano della legittimità e non della mera opportunità dell'azione amministrativa. Perciò non eccede la giurisdizione contabile non solo la verifica se l'amministratore abbia compiuto l'attività per il perseguimento di finalità istituzionali dell'ente, ma anche se nell'agire amministrativo ha rispettato dette norme e principi giuridici e dunque la Corte dei Conti non viola il limite giuridico della «riserva di amministrazione» - da intendere come preferenza tra alternative, nell'ambito della ragionevolezza, per il soddisfacimento dell'interesse pubblico - sancito dalla L. 14 gennaio 1994, n.

²⁷⁰ La cuestión se refirió a la atribución de encargos de consultoría a sujetos ajenos a la Administración pública otorgados por parte de administradores públicos que, según la Corte dei Conti, ocasionaron un daño al erario y por lo tanto una responsabilidad administrativa del jefe de la unidad administrativa y de los mismos administradores. Estos interpusieron un recurso ante la Corte de Casación al entender que la Corte dei Conti, en cuanto juez contable, no podía entrar a juzgar la discrecionalidad administrativa y, por consiguiente, el fondo de la decisión. La Corte de Casación rechazó el recurso de los administradores y precisó que la discrecionalidad administrativa no tiene que ser entendida como arbitrariedad, ya que también la discrecionalidad administrativa tiene que ser ejercida a la luz de los criterios dictados por el artículo 1 apartado 1 L. 241/1990.

20, art. 1, comma 1, come modificato dalla L. 23 ottobre 1993, n. 546, art. 3: «..ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali...» - nel controllare anche la giuridicità sostanziale - e cioè l'osservanza dei criteri di razionalità, nel senso di correttezza e adeguatezza dell'agire, logicità, e proporzionalità tra costi affrontati e obbiettivi conseguiti, costituenti al contempo indici di misura del potere amministrativo e confini del sindacato giurisdizionale - dell'esercizio del potere discrezionale. Ne consegue che è da ribadire il principio secondo il quale l'insindacabilità «nel merito» delle scelte discrezionali compiute dai soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti non comporta che esse siano sottratte al sindacato giurisdizionale di conformità alla legge formale e sostanziale che regola l'attività e l'organizzazione amministrativa, e quindi il giudice contabile non viola i limiti esterni della propria giurisdizione quando sottopone a giudizio di responsabilità per danno erariale gli amministratori che hanno conferito incarichi professionali senza determinazione specifica di contenuto, durata, criteri, compenso, in contrasto con il D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, art. 7, u.c., secondo il quale «per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali ad esperti di provata competenza, determinando preventivamente durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione», e dunque il conferimento dell'incarico è legittimo solo in ipotesi di impossibilità oggettiva, da rappresentare nella delibera di far fronte all'esigenza richiesta con personale interno all'organizzazione (Sezioni Unite 25 gennaio 2006 n. 1376), la cui qualificazione professionale l'amministrazione ha infatti l'obbligo di verificare periodicamente ed incrementare. Pertanto l'esame da parte della Corte dei Conti delle scelte degli amministratori pubblici di UNIRE di incaricare professionisti esterni per consulenze, pareri e difesa giudiziale alla luce dei presupposti legali e delle clausole generali di giuridicità innanzi richiamati al fine di verificare la legittimità della scelta e la correttezza della gestione delle risorse pubbliche per i compensi corrisposti, alla luce anche del fondamentale principio del buon andamento e della ragionevole proporzionalità tra costi e benefici in relazione ai fini da perseguire, non travalica il limite esterno della giurisdizione

erariale (Sezioni Unite 5 marzo 2009 n. 5288, 9 maggio 2011 n. 10069, 13 giugno 2011 n. 12902, 23 gennaio 2012 n. 831, 13 febbraio del 2012, n. 1979).”

Por último, la mención por parte del artículo 1 apartado 1 de los principios del ordenamiento comunitario²⁷¹ significa que la norma comentada está sometida a una continua adecuación y enriquecimiento procedente del Derecho y la jurisprudencia comunitarios. Entre los principios deducidos por la normativa y jurisprudencia comunitarios, que de un modo particular se relacionan con el procedimiento administrativo, se encuentra el principio de buen funcionamiento, el principio de precaución, la confianza legítima y el principio de proporcionalidad.

2.1 Legalidad

El artículo 1 apartado 1 L. 241/1990 comienza afirmando que:

“L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge”.

Este principio encuentra su fundamento, bien en el artículo 97 de la Constitución – según el cual:

“I pubblici uffici sono organizzati secondo le disposizioni di legge”

–, bien en la jurisprudencia comunitaria. “Sin embargo, en todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica, han de tener un fundamento legal y estar justificadas por las causas previstas en la Ley, y, en consecuencia, dichos sistemas prevén, con diferentes modalidades, una protección frente a las intervenciones que fueren arbitrarias o desproporcionadas. La exigencia de esta protección debe, por tanto, ser reconocida como un principio general del Derecho comunitario.”²⁷²

El principio de legalidad se traduce en la práctica en el criterio de la predeterminación legislativa del poder y las modalidades de su ejercicio en referencia a todo el conjunto de la actividad de la Administración pública. Por tanto, es evidente que su vinculación a dicho objetivo

²⁷¹ “L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta (...) dai principi dell’ordinamento comunitario.”

²⁷² Judgment of the Court of Justice, Hoechst v. Commission, joined Cases 46/87 and 227/88.

comporta que la Administración pública tiene la obligación de motivar las razones y la oportunidad de las decisiones que adopta para demostrar que son conformes con los fines de interés público que se trata de conseguir. Inmanente al criterio de legalidad es el de razonabilidad, que significa que la arbitrariedad no debe presidir las decisiones que se adopten, como ha puesto de relieve CERULLI IRELLI: “Ogni scelta che l’amministrazione va ad assumere negli spazi lasciati aperti dalla legge, nella sua discrezionalità (presupponendo perciò il rispetto della legge), deve essere logicamente consequenziale rispetto alle premesse quali risultano sulla base dei fatti e degli interessi acquisiti con riferimento ad una situazione concreta. Ciò comporta a sua volta che questa situazione debba essere conosciuta nella sua completezza mediante l’acquisizione attendibile di tutti gli elementi di cui si compone. E da essi deve scaturire la scelta, come quella capace di perseguire in concreto il fine assegnato e non altro: la migliore scelta possibile per il perseguimento del fine stesso, sulla base degli elementi della realtà, quali risultano acquisiti.”²⁷³

En este sentido ha ocasión de pronunciarse el T.A.R. Lombardia (Brescia) sección I, con la sentencia 16 de febrero de 2011 n. 282: “L’amministrazione non può inventarsi gli atti da emettere in forza di principi generalissimi, ma deve seguire la scansione procedimentale prevista dalla legge. La discrezionalità amministrativa, pertanto, attiene alla scelta i mezzi posti dalla legge per raggiungere il fine. La scelta del mezzo migliore spetta alla pubblica amministrazione, la quale nell’operare tale scelta è chiamata a rispettare una serie di principi o criteri elaborati nel corso del processo formativo del diritto amministrativo soprattutto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato – e successivamente anche dalla Corte di giustizia europea che ha avuto riguardo alle tradizioni giuridiche comuni degli Stati membri - e supportata dalla dottrina.”

2.2 Economicidad

El criterio de la economicidad impone que la Administración pública debe buscar sus objetivos con el menor número posible de recursos personales y económicos.

²⁷³ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti...*, *ob. cit.*, pág. 255.

Este principio se aplica tanto a la Administración pública (que tiene que dotarse de una organización que comporte el cumplimiento del menor número de actos, fases y actuaciones para lograr sus objetivos), como a los interesados (que aspiran a soportar el menor número posible de gravámenes administrativos en relación con la misma solicitud). Desde el punto de vista práctico, USAI ha afirmado que: “Il principio in parola rileva già nel momento in cui il responsabile del procedimento avvia l’azione e valuta se il procedimento deve essere avviato”²⁷⁴ o bien no. En caso negativo, el responsable del procedimiento cuenta con el instituto del “procedimiento expreso en forma simplificada”²⁷⁵ cuando reconoce “la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda”. El “procedimiento expreso en forma simplificada” es considerado un ulterior instituto de simplificación administrativa introducido por el legislador en el 2012 (veáse *amplius* más adelante). Por fin, continúa USAI “Si può sostenere che la stessa decisione di assegnare o meno il procedimento amministrativo riguarda il riferimento all’economicità. La nomina di un responsabile del procedimento quando questo risulta superfluo per l’inadeguatezza dell’istanza a far avviare un procedimento potrebbe ritenersi in contrasto con il criterio dell’economicità. Risulta più funzionale ovviamente una amministrazione in cui le varie unità organizzative e gli stessi *dominus* procedurali risultino già chiaramente individuati e facilmente *azionabili* direttamente dall’ufficio del protocollo che, con l’invio degli atti (protocollo informatico) segna la presa in carico del procedimento amministrativo.”²⁷⁶

En segundo lugar, el principio de economicidad debe enlazarse con la obligación de no agravamiento del procedimiento expresamente sancionada por el apartado 2 del artículo 1 L. 241/1990:

“La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell’istruttoria.”

²⁷⁴ S. USAI, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, Ed. Maggioli, 2014, pág. 100.

²⁷⁵ Provvedimento expreso in forma simplificada

²⁷⁶ S. USAI, ob. cit., pág. 100. En el mismo sentido el T.A.R. Liguria (Genova), sección II, sentencia 979/2006 “una siffatta designazione generale – essendo ancorata al criterio obiettivo della materia – garantisce il rispetto del principio di imparzialità più e meglio delle designazioni effettuate caso per caso.”

La prohibición de agravar el procedimiento impone al responsable del procedimiento, bien no abusar de los poderes instructorios de que dispone²⁷⁷ (a veces dicho abuso puede ser también ejercido por el interesado²⁷⁸); sea de no sobrecargar el procedimiento con gravámenes administrativos no exigidos por la ley, como por ejemplo solicitar certificaciones en lugar de declaraciones sustitutivas.

Bajo esta perspectiva, el criterio de economicidad ha servido para animar al legislador italiano a introducir medidas idóneas para la simplificación administrativa. En este sentido, ha jugado un

²⁷⁷ En el mismo sentido la jurisprudencia administrativa: T.A.R. Campania (Napoli), sección II, sentencia 6 de febrero de 2012 n. 589 “Invero, come chiarito dall’orientamento giurisprudenziale seguito anche da questa Sezione (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 17 marzo 2003, n. 1357, 21 gennaio 2002, n. 343, e 22 maggio 2001, n. 2823; Sezione VI, 5 febbraio 2002, n. 1325; T.A.R. Campania, IV Sezione, 6 aprile 2004, n. 4123) – già prima delle modifiche apportate dall’art. 14 della L. 11 febbraio 2005, n. 15, con l’introduzione del nuovo art. 21-octies, comma 2, della L. n. 241/1990 – le norme in materia di partecipazione non debbono essere applicate meccanicamente ed a fini meramente strumentali, per cui non sussiste l’obbligo della comunicazione di avvio del procedimento quando non vi sia alcuna utilità all’azione amministrativa. In tale situazione le esigenze di garanzia e trasparenza non sussistono e riprendono piena espansione i criteri di economicità e speditezza dai quali è retta l’azione amministrativa. Conseguenza logica di tale impostazione è che l’omessa comunicazione di inizio del procedimento comporta l’illegittimità dell’atto conclusivo tutte le volte che il soggetto non avisato possa poi provare che, ove avesse avuta l’opportunità di partecipare tempestivamente al procedimento, avrebbe potuto presentare osservazioni ed opposizioni idonee ad incidere causalmente, in termini a lui favorevoli, sul provvedimento terminale.”.

Consejo de Estado, sección IV, sentencia 30 de septiembre de 2002 n. 5003 “Ciò comporta che le norme sulla partecipazione del privato al procedimento amministrativo non vanno applicate meccanicamente e formalmente, nel senso che occorra annullare ogni procedimento in cui sia mancata la fase partecipativa, dovendosi piuttosto interpretare nel senso che la comunicazione è superflua - con prevalenza dei principi di economicità e speditezza dell’azione amministrativa - quando l’interessato sia venuto comunque a conoscenza di vicende che conducono comunque all’apertura di un procedimento con effetti lesivi nei suoi confronti (in tal senso, CdS, Sez. VI, 8 aprile 2002, n. 1922; Sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823; Sez. IV, 18 maggio 1998, n. 836).”

Consejo de Estado, sección IV, sentencia 15 de diciembre de 2011 n. 6618 “Si rammenta conclusivamente che secondo la condivisibile giurisprudenza amministrativa le norme sulla partecipazione del privato al procedimento amministrativo non vanno applicate meccanicamente e formalmente, nel senso che occorra annullare ogni procedimento in cui sia mancata la fase partecipativa, dovendosi piuttosto interpretare nel senso che la comunicazione è superflua - con prevalenza dei principi di economicità e speditezza dell’azione amministrativa - quando l’interessato sia venuto comunque a conoscenza di vicende che conducono comunque all’apertura di un procedimento con effetti lesivi nei suoi confronti. In materia di comunicazione di avvio prevalgono, quindi, canoni interpretativi di tipo sostanzialistico e teleologico, non formalistico. Poiché l’obbligo di comunicazione dell’avvio del procedimento amministrativo ex art. 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241 è strumentale ad esigenze di conoscenza effettiva e, conseguentemente, di partecipazione all’azione amministrativa da parte del cittadino nella cui sfera giuridica l’atto conclusivo è destinato ad incidere - in modo che egli sia in grado di influire sul contenuto del provvedimento - l’omissione di tale formalità non vizia il procedimento quando il contenuto di quest’ultimo sia interamente vincolato, pure con riferimento ai presupposti di fatto, nonché tutte le volte in cui la conoscenza sia comunque intervenuta, si da ritenere già raggiunto in concreto lo scopo cui tende siffatta comunicazione. Alla luce di questa linea interpretativa si può affermare che la comunicazione di avvio del procedimento dovrebbe diventare superflua quando: l’adozione del provvedimento finale è doverosa (oltre che vincolata) per l’amministrazione; i presupposti fattuali dell’atto risultano assolutamente incontestati dalle parti; il quadro normativo di riferimento non presenta margini di incertezza sufficientemente apprezzabili; l’eventuale annullamento del provvedimento finale, per accertata violazione dell’obbligo formale di comunicazione, non priverebbe l’amministrazione del potere (o addirittura del dovere) di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto (anche in relazione alla decorrenza dei suoi effetti giuridici).”

²⁷⁸ T.R.G.A., sección Trento, sentencia 7 de febrero de 2013 n. 42 “la pretesa della ricorrente di imporre all’organo valutatore incumbenti istruttori non previsti né richiesti, anche di natura, in ipotesi complessa, urta contro ogni principio di celerità ed economicità del procedimento .”

papel fundamental en la simplificación de los procedimientos administrativos la L. 241/1990. Esta norma ha previsto varios institutos de simplificación, como la previsión de plazos máximos para la conclusión del procedimiento (artículo 2); para conseguir informes (artículo 16); para conseguir valoraciones técnicas (artículo 17); para conseguir pacto o convenio sustitutivos del acto (artículo 11); la “conferencia de los servicios” (artículo 14); los acuerdos entre Administraciones públicas (artículo 15); la autocertificación (artículo 18); y el silencio administrativo (artículo 20).

Después de la L. 241/1990 la simplificación de la acción administrativa en Italia ha recibido un gran empuje con la Ley 15 de mayo de 1997 n. 127 (más conocida como Ley Bassanini-bis) que ha introducido medidas urgentes para la simplificación de la actividad administrativa y los procedimientos de decisión y control²⁷⁹.

Sin embargo, sólo en los últimos años - también a causa de la crisis económica – se ha podido observar que la dirección emprendida por el legislador en el tema de simplificación administrativa ha experimentado una ulterior aceleración gracias a las siguientes normas: Ley de 11 de noviembre de 2011 n. 180, que contiene las normas para la tutela de la libertad de empresa y del marco jurídico de las empresas; Ley de 12 de noviembre de 2011 n. 183 (Disposiciones para la formación del plan presupuestario anual y plurianual – de ahora en adelante «Legge di stabilità 2012»), Ley de 4 de abril de 2012, n. 35 («Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5: Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo»), y Ley de 9 de agosto de 2013, n.

²⁷⁹ El artículo 1 de dicha ley (L. 127/1997) impuso al Gobierno la obligación de adoptar, en doce meses desde la entrada en vigor de la ley, los pertinentes reglamentos para introducir medidas para la simplificación de las normas sobre la documentación administrativa. Desde la fecha de entrada en vigor de tales reglamentos se consideraron abrogadas todas las disposiciones vigentes - también con rango de ley - en contradicción con dichos reglamentos. El artículo 1 apartado 3 L. 127/1997 establecía que dichos reglamentos tuvieron que ser inspirados en los siguientes criterios y principios directivos: a) eliminación o reducción de los certificados y certificaciones a los sujetos que se exigen a los interesados al adoptarse medidas administrativas o adquirirse ventajas, beneficios económicos u otras utilidades otorgadas por sujetos públicos o gestores o concesionarios de servicios públicos; b) ampliación del empleo de la declaraciones sustitutivas de certificaciones. El artículo 2 apartado 5 de la misma Ley impuso a los Municipios la obligación de favorecer entre sí por medio de pactos o convenios la transmisión de datos o documentos contenidos en sus archivos anagráficos y del estado civil La L. 127/1997 impuso al Gobierno el deber de considerar la autocertificación del artículo 18 L. 241/1990, instituto fundamental sobre el que tienen que girar las relaciones entre la Administración pública y los ciudadanos.

98 «Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia»)

La L. 180/2011 dirigida sobretudo a las empresas en el artículo 2 establece que son principios generales de la presente ley la libertad de iniciativa económica; el derecho a la empresa de obrar en un contexto normativo que aporte seguridad jurídica y en un cuadro de servicios públicos eficientes y de calidad, reduciendo a lo mínimo los márgenes de discrecionalidad administrativa; la progresiva reducción de los gravámenes administrativos a cargo de las empresas; la reciprocidad de los derechos y los deberes en las relaciones entre empresas y Administración pública; el sosten público que debe realizarse a través medidas de simplificación administrativa que se definan por actos legislativos. En definitiva, con esta ley el legislador toma en consideración la idea de que la prosperidad económica depende de la existencia de un ambiente propicio para los negocios. Hacerle la vida más sencilla a las empresas fomenta la competitividad y el crecimiento. Por esta razón el artículo 7 impone al gobierno el deber de eliminar duplicidades en la reglamentación de permisos y autorizaciones a través de anexos que reagrupan todos los trámites pertinentes. Los artículos 8 apartado 1 y 11 apartados 1 y 2, establecen que no pueden ser introducidos nuevos gravames a cargo de los ciudadanos, empresas y otros sujetos privados sin, al mismo tiempo, reducir o eliminar otros. El artículo 7 apartados 3 y 4 dispone que la búsqueda de estas medidas de simplificación y reducción de los requisitos administrativos para los ciudadanos y para las empresas será evaluada por el Departamento de la Función Pública también a través por la consulta de las categorías y los sujetos interesados. Dicha eavaluación será transmitida al Parlamento. Los reglamentos ministeriales tienen que prever, con respecto a los perfiles de responsabilidad de los directivos-jefes de las oficinas afectadas criterios de evaluación por la mala aplicación de las disposiciones dispuestas en la presente ley.

El Decreto del Presidente de la Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445 («Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa» – de ahora en

adelante D.P.R. 445/2000) en los artículos 40 apartados 1 y 2, y 43 apartados 1²⁸⁰ y 3²⁸¹ establecen:

Artículo 40 “1. Le certificazioni rilasciate dalla pubblica amministrazione in ordine a stati, qualità personali e fatti sono valide e utilizzabili solo nei rapporti tra privati. Nei rapporti con gli organi della pubblica amministrazione e i gestori di pubblici servizi i certificati e gli atti di notorietà sono sempre sostituiti dalle dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47. 2. Sulle certificazioni da produrre ai soggetti privati è apposta, a pena di nullità, la dicitura: «Il presente certificato non può essere prodotto agli organi della pubblica amministrazione o ai privati gestori di pubblici servizi».»;

Artículo 43 “1. Le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi sono tenuti ad acquisire d’ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47, nonché tutti i dati e i documenti che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni, previa indicazione, da parte dell’interessato, degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti, ovvero ad accettare la dichiarazione sostitutiva prodotta dall’interessato. 3. L’amministrazione procedente opera l’acquisizione d’ufficio, ai sensi del precedente comma, esclusivamente per via telematica.”

En fin, hay que referirse a la L. 35/2012 que introduce medidas de simplificación en cada sector de la vida pública²⁸² con el objetivo de liberalizar las actividades privadas. Esta Ley es importante porque define lo que debemos entender por gravámenes administrativos («oneri amministrativi»). El artículo 2 apartado 2 los define como:

“i costi degli adempimenti cui cittadini ed imprese sono tenuti nei confronti delle pubbliche amministrazioni nell’ambito del procedimento amministrativo, compreso qualunque adempimento comportante la raccolta, elaborazione, trasmissione, conservazione e produzione di informazioni e documenti alla pubblica amministrazione”.

Entre las medidas de simplificación más relevantes que conciernen a los ciudadanos hace falta mencionar el artículo 5 que prescribe el cambio de residencia a tiempo real (o sea los efectos jurídicos de las inscripciones anagráficas - cambio de residencia - desde la fecha de la solicitud de inscripción en el nuevo Ayuntamiento por parte del ciudadano). El artículo 6 que obliga a las

²⁸⁰ Modificados por el artículo 15 («Norme in materia di certificati e dichiarazioni sostitutive e divieto di introdurre, nel recepimento di direttive dell’Unione europea, adempimenti aggiuntivi rispetto a quelli previsti dalle direttive stesse») de la Ley 12 de noviembre de 2011, n. 183 («Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge di stabilità 2012»).

²⁸¹ Modificado por el artículo 14 coma 1-ter, Ley 9 de agosto de 2013, n. 98 «Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia».

²⁸² La ley se compone de 63 artículos relativos a medidas de simplificación con referencia a los ciudadanos, las empresas, el trabajo, los contratos públicos, el medioambiente, la agricultura, la investigación científica, la innovación tecnológica, la universidad, la educación, el turismo, las infraestructuras energéticas y las empresas y ciudadanos con pocos recursos económicos.

Administraciones públicas a comunicar los datos exclusivamente por vía telemática. El artículo 8 que establece que a partir del 30 de junio de 2012 las solicitudes por la participación en procesos selectivos y concursos convocados por las Administraciones públicas deben ser enviadas exclusivamente por vía telemática a un portal puesto a disposición por la Administración pública y fácilmente accesible desde un ordenador. En fin, la Ley 35/2012 ha introducido *ex novo* los apartados 8 y 9²⁸³ al artículo 2 L. 241/1990 relativos a la conclusión del procedimiento, del que nos ocuparemos más adelante.

2.3 Eficacia

Los criterios de eficacia y eficiencia complementan al de economicidad.

La eficacia expresa la relación entre objetivos establecidos y objetivos conseguidos.

En cambio la eficiencia expresa la tendencia al logro de los objetivos con el menor coste por la colectividad. (véase *amplius* párrafo 2.6).

El criterio de eficacia opera dentro de la Administración pública, en cuanto impone a la misma el deber de organizarse de modo que desarrolle un comportamiento eficaz para conseguir los objetivos establecidos por la ley.

Con la Ley 4 de marzo de 2009, n. 15 (Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei conti) y el Decreto legislativo 27 de octubre de 2009, n. 150 (Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni), se ha operado una reforma del régimen

²⁸³ “8. La tutela in materia di silenzio dell'amministrazione è disciplinata dal codice del processo amministrativo. Le sentenze passate in giudicato che accolgono il ricorso proposto avverso il silenzio inadempimento dell'amministrazione sono trasmesse, in via telematica, alla Corte dei conti.

9. La mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente.”

disciplinario en las relaciones de trabajo dentro de la Administración pública – Reforma Brunetta²⁸⁴

- qué tiene el objetivo de optimizar la productividad del trabajo público y de hacer más eficiente y transparente la Administración pública.

Para acentuar la productividad y la eficiencia de la Administración pública el legislador en el artículo 2 apartado 1 letras *c), d), e), f)* L. 15/2009 preve:

- La introducción de sistemas internos y externos de valoración del personal y de las estructuras, con el fin de asegurar una oferta de servicios conformes con los estándares internacionales y de calidad y permitir a los órganos jerárquicamente superiores de las Administraciones públicas el acceso directo a las informaciones relativas a la valoración del personal dependiente;
- La garantía de la transparencia de la organización del trabajo en las Administraciones públicas y de los respectivos sistemas retributivos;
- La evaluación del mérito y el consiguiente reconocimiento de mecanismos de incentivo individuales para los empleados sobre la base de los resultados conseguidos por cada estructura administrativa;
- La definición de un sistema más riguroso de responsabilidad de los empleados públicos²⁸⁵.

Sobre el tema de la evaluación del mérito en la Administración pública italiana es interesante saber que la Ley 7 de agosto de 2015 n. 124 (más conocida como Reforma Madia) sobre la reorganización de la Administración pública en el artículo 17 (bajo la rubrica «Riordino della

²⁸⁴ Por este motivo en el lenguaje corriente ambas las leyes son más conocidas como “Leyes Brunetta” (por el nombre del Ministro que las promovió).

²⁸⁵ Los otros objetivos de lograr son: “a) convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato, con particolare riferimento al sistema delle relazioni sindacali; b) miglioramento dell’efficienza e dell’efficacia delle procedure della contrattazione collettiva; g) affermazione del principio di concorsualità per l’accesso al lavoro pubblico e per le progressioni di carriera; h) introduzione di strumenti che assicurino una più efficace organizzazione delle procedure concorsuali su base territoriale, conformemente al principio della parità di condizioni per l’accesso ai pubblici uffici, da garantire, mediante specifiche disposizioni del bando, con riferimento al luogo di residenza dei concorrenti, quando tale requisito sia strumentale all’assolvimento di servizi altrimenti non attuabili o almeno non attuabili con identico risultato; i) previsione dell’obbligo di permanenza per almeno un quinquennio nella sede della prima destinazione anche per i vincitori delle procedure di progressione verticale, considerando titolo preferenziale nelle medesime procedure di progressione verticale la permanenza nelle sedi carenti di organico.”

disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche») apartado 1 letra f) prevé expresamente la evaluación del Doctorado en las oposiciones públicas²⁸⁶. El objetivo de tal previsión es crear una clase de funcionarios de alto nivel. Hasta ahora la evaluación del Doctorado sólo se reconocía a los que habían decidido emprender una carrera universitaria. Con esta modificación el legislador italiano quiere ampliar la evaluación del Doctorado a todas las oposiciones en la Administración pública italiana, creando así las bases para un nuevo *management* público compuesto por funcionarios capaces de afrontar los nuevos desafíos.

La evaluación del mérito es uno de los presupuestos por los que se potencia la eficacia y la eficiencia de la Administración pública y por lograr este resultado el D.Lgs. 150/2009 ha previsto la activación de un ciclo general de gestión de la *performance*, para permitir a las Administraciones públicas organizar la propia actividad desde una óptica de mejora de la prestación y de los servicios para la colectividad. El ciclo de gestión de la *performance* ofrece a las Administraciones un cuadro de acción que permite el paso de una cultura de los medios (*input*) a una de resultados (*output* ed *outcome*).

El ciclo general de gestión de la *performance* presupone una adecuada planificación por parte de los órganos superiores o directivos (plan de la *performance*) que consiste en la individuación de los objetivos; en controlar las fases intermedias pertinentes a su logro y en dar cuentas del logro de los mismos. Todas las fases de tal ciclo tienen que ser conocidos por los empleados implicados y por los ciudadanos. Pues el ciclo de la gestión de la *performance* tiene efectos sobre los empleados y sobre los ciudadanos. Los primeros porque el logro de los objetivos comporta un incremento del propio sueldo de base (sueldo en función de incentivos y accesorio basados en la meritocracia); los

²⁸⁶ “I decreti legislativi per il riordino della disciplina in materia di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e connessi profili di organizzazione amministrativa sono adottati (...)nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi (...): (...)f) valorizzazione del titolo di dottore di ricerca, in attuazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 7, della legge 3 luglio 1998, n. 210, e dall'articolo 17, comma 111, della legge 15 maggio 1997, n. 127, e successive modificazioni;”.

segundos porque por el *customer satisfaction* puede controlar el logro de los objetivos que cada administración se ha dado.

El principio inspirador de toda la reforma para conseguir altos niveles de eficiencia y eficacia de la Administración pública es el de transparencia - entendido como accesibilidad total a todas las informaciones concernientes a la organización, el empleo de los recursos por la búsqueda de las funciones institucionales y los resultados, la actividad de valoración para permitir formas difusas de control interno y externo por parte de los ciudadanos y de la difusión de la cultura de la meritocracia con la consiguiente previsión de asignar los complementos retributivos de manera selectiva en vez de «a pioggia» (es decir, de manera indiscriminada por igual a todo el mundo sin contar con la verdadera productividad de su trabajo).

El tema del incremento de la eficacia y de la eficiencia de la Administración pública a través del incremento del nivel de la transparencia y con la adopción de un plan del performance es de extrema importancia al tratar la figura del responsable del procedimiento administrativo. En efecto tal figura se pone al mando del procedimiento administrativo con la tarea principal de dar impulso a la acción administrativa en los tiempos y en los modos previstos por la ley. En el nivel práctico el responsable del procedimiento es el primer eslabón para lograr la calidad de la acción administrativa.

En un nivel más elevado gestionar la calidad de un servicio implica adoptar los instrumentos gerenciales correspondientes para que de una manera organizada y planificada la organización obtenga resultados previstos o convenidos y demuestre capacidad de reacción frente a imponderables no previstos en sus procedimientos. A tal efecto, la gestión de la calidad necesita de instrumentos orientadores sobre los cuales se erige el sistema de gestión de la calidad de la organización.

La introducción del ciclo general de gestión (más precisamente denominado ciclo de gestión de la *performance* art. 4 D.Lgs. 150/2009) es el eje portante de la reforma para permitir a las Administraciones públicas organizar el propio trabajo con una óptica de mejora de la prestación y de los servicios públicos (artt. 4-10 D. Lgs. 150/2009).

Según el decreto legislativo 150/2009 la evaluación de la *performance* implica esencialmente dos niveles: organizativo e individual.

En el nivel organizativo la *performance* se refiere sea a la Administración pública en su conjunto, sea a las unidades administrativas de que se compone. La evaluación de la *performance* organizativa se funda sobre: políticas pertinentes a la satisfacción de las necesidades de la colectividad que deben realizarse mediante planes y programas respetando las fases y los tiempos previstos; estándares cualitativos y cuantitativos previstos; grado de satisfacción de los destinatarios de los servicios; modernización y mejora cualitativa de la organización y de las competencias profesionales; desarrollo cualitativo y cuantitativo de las relaciones con los ciudadanos (sujetos interesados, usuarios, destinatarios de los servicios); eficiencia en el empleo de los recursos en el respeto a las leyes que imponen la contención y la reducción de los costes; calidad y cantidad de las prestaciones de los servicios otorgados; logro de los objetivos en materia de igualdad de género²⁸⁷.

A nivel individual la *performance* se basa sobre: los indicadores de *performance* relativos a la responsabilidad directa del empleado; al logro de específicos objetivos individuales; a la calidad de la contribución de la *performance* a la unidad administrativa de pertenencia, a las competencias profesionales y directivas demostradas; a la capacidad de evaluación de los mismos colaboradores, demostrada por una significativa diferenciación de los juicios; a los comportamientos profesionales y organizativos²⁸⁸.

²⁸⁷ A. GALASSINI, *Valutazione della performance. Il decreto lgs. 150/2009. Quali spazi per la professione “psicologo de lavoro e delle organizzazioni”?*, Comune di Firenze, Slide

²⁸⁸ A. GALASSINI, *op. cit.*

Hecha esta premisa la intervención del legislador en esta materia podemos resumirla en las siguientes líneas de dirección²⁸⁹:

1. El ciudadano-cliente tiene que aparecer como unidad de referencia del servicio público y por lo tanto en el centro de la programación de los objetivos, que tendrá ser entendida como la capacidad de un bien o servicio de satisfacer las necesidades explícitas o implícitas del usuario inmediato o último beneficiario de ese bien, es decir, la persona física o jurídica final por el cual se justifica una acción y el que, a su vez, justifica la existencia del proveedor de dicho bien o servicio. Luego la programación de la acción administrativa de cada Administración pública tendrá que tener en cuenta lo que aparece del control difuso ejercido por parte de los ciudadanos. El control difuso comprende el *customer satisfaction*, la transparencia de la acción administrativa y por lo tanto su control. Por esta razón el D.Lgs. 150/2009 impone que cada Administración publique sobre el propio *web site*²⁹⁰:

- un cuestionario de la evaluación por parte de los ciudadanos del funcionamiento de los servicios públicos. Ellos pueden presentar solicitudes y propuestas de interés por la colectividad;
- el programa trienal por la transparencia y la integridad del estado de realización;
- la metodología de valoración adoptada por el ente;
- la suma total de los incentivos asignados para la *performance* y la suma de los incentivos efectivamente distribuidos;
- análisis de los datos relativos al grado de diferenciación de los incentivos asignados y distribuidos sea para los directivos sea para los empleados;
- los nombres y *curricula* de los miembros de los Organismos independientes de valoración (OIV) y del Responsable de las funciones de medición de la *performance*;
- *curricula* del personal directivo y de los responsables de los servicios;
- retribución del personal directivo;

²⁸⁹ A. GALASSINI, *op. cit.*

²⁹⁰ La página del *web site* se tendrá que llamarse "Transparencia, valoración y mérito."

- *curricula* y retribuciones de los que disfrutan de un cargo político dentro del ente;
- los encargos, retribuidos y no retribuidos, otorgados a los empleados públicos y sujetos privados.
- el porcentaje de las ausencias del trabajo del personal dependiente del ente.

2. Introducción para cada Administración pública del ciclo de la *performance* (*performance plain*)
qué comprende los siguientes pasos:

- definición y asignación de los objetivos (de cada ente en su complejo y de cada unidad administrativa individual de que se compone), que se propone de alcanzar;
- enlace entre los objetivos y asignación de los recursos;
- valoración del grado de logro de los objetivos, medición y valoración de la *performance*, organizativa e individual ²⁹¹;
- Empleo de incentivos vinculados a la constatación de méritos;
- *performance report* (relación anual sobre rendimiento organizativo por parte del órgano independiente interno (OIV); relación anual del rendimiento total de las Administraciones públicas italianas por parte del Departamento de la Función Pública).

²⁹¹ Los sujetos implicados en el sistema de valoración y medición del *performance* son:

- i) El Departamento de la Función Pública al que se le atribuyen funciones directivas estandar para la aplicación del decreto sobre todo el territorio nacional, y el control de su respeto por parte de cada Administración pública;
- ii) El Organismo de Evaluación Interna (OIV, qué tiene que ser nombrado en cada Administración pública por el órgano político) tiene el papel de controlar el correcto funcionamiento de sistema de evaluación del ente; garantiza la aplicación del criterio de transparencia y la integridad de los controles internos; elabora una relación anual sobre rendimiento organizativo y garantiza su publicación en la *web site* del ente; asegura la correcta aplicación de las directivas impartida por el Departamento de la Función Pública;
- iii) El órgano político desarrolla el papel de individualizar los objetivos programáticos del ente, y en función de eso establecer la organización del propio ente en unidades administrativas con propias tareas; controlar su puesta en marcha; evaluar el rendimiento de la organización y verificar el logro de los objetivos.
- iv) el personal directivo de las unidades administrativas procede a la individualización los objetivos organizativos en conexión con los objetivos programáticos dictados por el órgano político. Por esta razón tiene el papel de individualizar los perfiles profesionales más idóneos a la realización de los objetivos asignados a la unidad organizativa, y se les asigna, en general, también el papel de evaluadores del rendimiento de las personas a su cargo. (A. GALASSINI, *op. cit.*)

3. Introducción de normas que facilitan el despido del empleado público por escaso rendimiento laboral y en caso de información falsa otorgada por el trabajador acerca de la propia enfermedad.
4. Institución dentro de cada Administración pública de un Organismo Interno de Evaluación (OIV) Es el órgano responsable de velar por la adecuación del sistema de evaluación con las necesidades de la organización y del personal. Los miembros de la comisión representarán a todos los agentes del proceso de evaluación; a los evaluados, a los evaluadores, a la organización y las representaciones de los trabajadores.

En el nivel nacional la *performance* de todas las Administraciones públicas en su conjunto viene efectuada por el Departamento de la Función Pública puesto bajo la Presidencia del Consejo (Premier)²⁹².

¿Podríamos preguntarnos si dentro de éste nuevo marco relativo al nivel de *performance* exigido a la Administración público no sea oportuno también introducir dentro de las mismas la figura del psicólogo del trabajo para ponerla al lado de los órganos de alta dirección para una mejor gestión del ciclo de la *performance*²⁹³ ?

La parte del decreto legislativo 150/2009 que requiere introducir esta figura está contenida en los Títulos II y III, donde se prevé: la evaluación de las estructuras y del personal de las Administraciones públicas; la evaluación del mérito; la promoción de la igualdad de género; la promoción de la calidad de la prestación laboral; el crecimiento de las competencias profesionales por la evaluación del mérito y la concesión de premios por los resultados conseguidos por los

²⁹² En su origen dicha tarea fue desarrollada por un Authority independiente. denominada Comisión independiente para la valoración, la transparencia y la integridad de las Administraciones públicas (CIVIT, que con la Ley 125 de 2013 ha sido renombrada ANAC «Autoridad Nacional Anticorrupción por la valoración y la transparencia de las administraciones») con la tarea de fijar los criterios para la mejora de los *performance* de las oficinas y localizar los estándares internacionales de referencia. Sucesivamente con la Ley 11 de agosto de 2014 n. 114 “Medidas urgentes por la simplificación y la transparencia administrativa y por la eficiencia de los despachos judiciales” dichas competencias han sido trasladadas al Departamento de la Función Pública.

²⁹³ A. GALASSINI, *op. cit.*

individuos y las unidades administrativas en el marco de igualdad de oportunidades en derechos y deberes;²⁹⁴.

En efecto, lo importante para la organización es que las personas contribuyan, con su trabajo, en el mayor grado y en la mejor forma posible, al logro de las finalidades organizativas²⁹⁵.

Luego para que el rendimiento individual sea de contribución al rendimiento organizativo las políticas de recursos humanos deben orientarse en mejorar el rendimiento individual. En este sentido es necesario que la evaluación del rendimiento esté orientada fundamentalmente a la mejora de éste, ciertamente a través de la definición y concreción de las prioridades organizativas, pero también a través del apoyo técnico sostenido por los especialistas de recursos humanos²⁹⁶.

En particular, los ámbitos sobre los cuales el psicólogo del trabajo debería dar su opinión para que pudiesen conformarse mejor con el dictado normativo, deberían ser los siguientes; la valoración como elemento del desarrollo organizativo y su medición; las competencias profesionales y directivas de los funcionarios públicos; la capacidad de valoración de los propios colaboradores por parte del personal directivo; los comportamientos demostrados por los funcionarios públicos y los comportamientos profesionales y organizativos poseídos por los mismos²⁹⁷.

2.4 Imparcialidad

La Constitución Italiana ha recogido expresamente el principio de imparcialidad en su artículo 97:

“I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati (...) l'imparzialità dell'amministrazione.”²⁹⁸.

Del mismo modo, el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea ha establecido que:

²⁹⁴ A. GALASSINI, *op. cit.*

²⁹⁵ F. LONGO, Evaluación y gestión del rendimiento laboral en las Administraciones Públicas, en *Presupuesto y Gasto Público*, 2005, núm. 41, págs. 133 y ss.

²⁹⁶ F. LONGO, *ob. cit.*, págs. 140 y ss.

²⁹⁷ A. GALASSINI, *ob. cit.*

²⁹⁸ Quizás por este motivo Casetta más que un criterio lo reputa un (Vid. E. Casetta, *ob. cit.*, 2013, pág. 473).

“Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente (...)”.

El criterio de imparcialidad impone de forma general evitar discriminaciones durante el ejercicio del poder y exige que los órganos administrativos decidan los asuntos que se llevan a su conocimiento, sin ningún tipo de consideraciones extrañas al interés general. En el ámbito estrictamente procedimental el criterio exige que los órganos administrativos, antes de dictar el acto final, deban implicar y valorar todas las posiciones y los intereses involucrados en el procedimiento²⁹⁹. Como subraya CERULLI IRELLI el criterio de imparcialidad supone de un lado “assicurare la migliore amministrazione (come quella intesa alla cura di interessi collettivi)” de otro lado “assicurare che il rapporto dell’Amministrazione agente con i soggetti terzi portatori degli interessi, avvenga in modo leale (*fair*)”³⁰⁰.

En este sentido, se expresó también el Consejo de Estado, sección V, en su sentencia 1 de abril de 2009 n. 2070 “L’imparzialità dell’azione amministrativa è notoriamente uno dei tre fondamentali pilastri (insieme alla legalità e il buon andamento) sui quali poggia l’intero statuto costituzionale dell’amministrazione italiana. (...) Discende dalle premesse l’immediata precettività dell’art. 97 Cost. quale idoneo parametro normativo di valutazione della legittimità dell’attività amministrativa, trattandosi di una declinazione, sul versante ordinamentale, del principio di uguaglianza, scolpito dall’art. 3 della Carta Fondamentale. Occorre precisare che l’art. 97 Cost. governa e regola «tutta l’attività amministrativa», ossia di quella gestoria, anche non autoritativa, e pure di quella organizzativa (esplicitamente menzionata nel primo comma dell’art. 97 Cost.) perché due sono le dimensioni del principio di imparzialità: imparzialità dell’organizzazione e imparzialità dell’azione. (...) L’imparzialità è difatti un primario valore giuridico, posto a presidio della stessa credibilità degli uffici pubblici, posto che in assenza della fiducia dei cittadini, gli apparati

²⁹⁹ En este mismo sentido T.A.R. Lazio (Roma), sez. II, sentenza 1724/2004 “Il principio di imparzialità, che caratterizza l’azione amministrativa, impone inoltre che l’adozione di qualsiasi provvedimento amministrativo sia logicamente preceduta da un puntuale accertamento dei fatti e dalla valutazione di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, ai fini dell’individuazione del prevalente interesse pubblico concretamente perseguito”.

³⁰⁰ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti...*, ob. cit., pág. 256.

burocratici non sarebbero in grado di conseguire in maniera adeguata, come loro dovere, gli obiettivi prefissati dal Legislatore. In tali considerazioni si radica, del resto, anche la costruzione contabilistica del “danno all’immagine” della pubblica amministrazione. (...) ”

En fin la Corte Constitucional en la sentencia 5 de noviembre de 2010 n. 310 ha subrayado que la imparcialidad de la acción administrativa es una exigencia que se realiza “attraverso la motivazione, in quanto strumento volto ad esternare le ragioni e il procedimento logico seguiti dall’autorità amministrativa.”. La motivación es también el instrumento - continúa la Corte Constitucional – “diretto a realizzare la conoscibilità, e quindi la trasparenza” (*trasparencia* véase parrafo 2.5).

2.5 Transparencia y Publicidad

Estos dos criterios podemos considerarlos como las dos caras de la misma moneda. En efecto, no existe transparencia sin publicidad, y al mismo tiempo publicidad significa transparencia.

El artículo 11 apartado 1 D.Legs. 150/2009 define la transparencia como:

“accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità. Essa costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione.”.

Objetivo de la transparencia es permitir un control y una evaluación constante de la correspondencia de la acción administrativa con el principio de buen funcionamiento de la administración que comprende no sólo el criterio de imparcialidad, sino también los criterios de legalidad, economicidad, eficacia y eficiencia.

La publicidad – considerada como uno de los modos por los que se manifiesta la transparencia - es aquél instrumento que permite a los administrados el conocimiento de documentos, informaciones y datos custodiados por la Administración pública.

A pesar de que la Constitución italiana ya en el 1948 sancionó la obligatoriedad de la transparencia de la acción administrativa, sólo en 1990, con la ley n. 241 el legislador ha expresamente previsto normas específicas sobre los criterios de transparencia y de publicidad en el ámbito del procedimiento administrativo.

El artículo 1 apartado 1 L. 241/1990 postula que el principio de imparcialidad tiene un alcance general y, por tanto, se extiende a toda la actividad administrativa:

“L’attività amministrativa (...) è retta da criteri (...) di trasparenza (...)”.

Sin embargo el legislador italiano no se limita a afirmar un principio de carácter general. Para que tal principio pueda encontrar una correcta aplicación práctica preve expresamente instrumentos a tutela de este principio:

- el artículo 3 L. 241/1990³⁰¹ exige expresamente de motivar la decisión final³⁰²;
- el artículo 5³⁰³ obliga la pública administración de localizar al responsable del procedimiento³⁰⁴; y el artículo 8 apartado 2 letra c) obliga la administración pública a comunicar a los interesados el nombre del responsable del procedimiento³⁰⁵.

³⁰¹ Art. 3 “Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l’organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell’amministrazione, in relazione alle risultanze dell’istruttoria.

2. La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale.”

³⁰² Come ha subrayado el Consejo de Estado, sección IV, sentencia 27 de enero de 2012 n. 429 “Superando le impostazioni delle teorie formali, la giurisprudenza afferma che la motivazione del provvedimento amministrativo è finalizzata a consentire al cittadino la ricostruzione dell’iter logico e giuridico attraverso cui l’amministrazione si è determinata ad adottare un dato provvedimento, controllando, quindi, il corretto esercizio del potere ad esso conferito dalla legge e facendo valere, eventualmente nelle opportune sedi, le proprie ragioni.”

³⁰³ Art. 5.1 “Il dirigente di ciascuna unità organizzativa provvede ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all’unità la responsabilità della istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, dell’adozione del provvedimento finale.”

³⁰⁴ “a fini di efficacia e trasparenza del procedimento di formazione dell’atto stesso” Consejo de Estado, sección IV, sentencia 28 de diciembre de 2011, n. 6908;

³⁰⁵ “L’amministrazione provvede a dare notizia dell’avvio del procedimento mediante comunicazione personale.

- los artículos 7³⁰⁶ y 9³⁰⁷ promueven la participación en el procedimiento;
- el artículo 12³⁰⁸ exige la publicidad de las reglas para obtener concesiones, subvenciones, contribuciones, subsidios y auxilios financieros por parte de la Administración pública;
- en fin el artículo 22 apartado 2³⁰⁹ establece el derecho de acceso a los documentos administrativos.

El «derecho de acceso» y la «obligación de motivación» de los actos administrativos por parte de los interesados han sido igualmente proclamados en el artículo 41 Carta U.E.:

“derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte” y “obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.”

Sin embargo todas estas normas son aplicables sólo a las actividades desarrolladas dentro del procedimiento administrativo, mientras quedan excluidas todas las actividades de la Administración pública que se desarrollan fuera del mismo.

Para superar tal límite, con el objetivo de evitar fenómenos de corrupción y también porque en general ya no es imaginable una Administración pública que actúa con secretismo, en 2012 (debido también a las advertencias y las Directivas de la Unión europea que concibe la Administración pública como un ente transparente) en Italia se dictó una ley - 190/2012 - que delega el Gobierno a aprobar un decreto legislativo para reordenar las normas de disciplina en materia de obligaciones de publicidad, transparencia y difusión de informaciones por parte de las Administraciones

2. Nella comunicazione debbono essere indicati: (...) c) l'ufficio e la persona responsabile del procedimento; (...)"

³⁰⁶ “Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato (...) ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire. Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l'amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia dell'inizio del procedimento.”

³⁰⁷ “Qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento.”

³⁰⁸ “La concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi.”

³⁰⁹ “L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza.”

públicas, a través de la modificación o la integración de las disposiciones vigentes, o bien a través de la previsión de nuevas formas de publicidad. El artículo 1 apartado 36 de esta ley considera la transparencia y la publicidad como prestaciones esenciales que la Administración pública debe garantizar de la misma manera que las prestaciones que atañen a los derechos sociales y civiles.

Esta norma pretende extender las obligaciones de transparencia y publicidad de las informaciones pertinentes a la actividad administrativa y la organización de la Administración pública a todos los ciudadanos, sin que haya necesidad de que sean parte (interesados) en un procedimiento administrativo.

El 14 de marzo de 2013 el Gobierno aprobó el Decreto Legislativo n. 33 “Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni” (más conocida como Ley sobre la transparencia).

El artículo 1 apartado 1 D. Lgs. 33/2013 parte de la definición dada por el art. 1 apartado 1 D. Lgs. 150/2009 que define la transparencia:

“come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.”. El coma 2 añade que “La trasparenza (...) concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà³¹⁰ nel servizio alla nazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino.”

En cambio el artículo 2 apartado 2 se preocupa por definir el criterio de publicidad de entenderse como:

³¹⁰ Per USAI i concetti di integrità e lealtà devono essere intesi non solo diretti a contrastare fenomeni di corruzione, ma in senso più ampio ossia volti a qualificare “il comportamento del pubblico funzionario, , o meglio il rapporto tra due parti, che deve essere tale da non tradire la fiducia che il cittadino ripone nella pubblica amministrazione. La slealtà nella conduzione del procedimento amministrativo (o più in generale nella conduzione dell'azione amministrativa) determina danno per l'utente e si sostanzia nello svolgimento di un servizio alla nazione non congruo e scorretto.” (S. USAI, *ob. cit.*, pág. 202), e quindi in contrasto con gli articoli 97 comma 2 “I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.”; e 98 comma 1 della Costituzione italiana “I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione.”

“la pubblicazione (...) nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni dei documenti, delle informazioni e dei dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, cui corrisponde il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione.”³¹¹.

Dichas normas introducen en el ordenamiento italiano el «derecho al conocimiento («diritto alla conoscibilità») *tout court*, según el cual:

“Tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli ai sensi dell'articolo 7.” (articolo 3 D. Lgs. 33/2013).

Para hacer efectivos estos derechos el artículo 9 apartado 1 añade que:

“Ai fini della piena accessibilità delle informazioni pubblicate, nella homepage dei siti istituzionali è collocata un'apposita sezione denominata «Amministrazione trasparente», al cui interno sono contenuti i dati, le informazioni e i documenti pubblicati ai sensi della normativa vigente. Le amministrazioni non possono disporre filtri e altre soluzioni

³¹¹ Claramente del principio general de obligación de publicación quedan excluidas la siguientes categoria de datos y actos: los datos sensibles (o sea “i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale”) y los datos judiciales. Así no están sometidos a publicación “se non nei casi previsti dalla legge, le notizie concernenti la natura delle infermità e degli impedimenti personali o familiari che causino l'astensione dal lavoro, nonché le componenti della valutazione o le notizie concernenti il rapporto di lavoro tra il predetto dipendente e l'amministrazione, idonee a rivelare taluna delle informazioni” sobre los datos sensibles. En esta materia quedan comprendidos los límites a la difusión y al acceso de los documentos cubiertos por el secreto de Estado o prohibición expresa de publicación en los casos y modos previstos por la ley. En fin en los procedimientos tributarios “restano ferme le particolari norme che li regolano. Además “nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione. Inoltre il Governo può prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi: quando, al di fuori delle ipotesi disciplinate dall'articolo 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, dalla loro divulgazione possa derivare una lesione, specifica e individuata, alla sicurezza e alla difesa nazionale, all'esercizio della sovranità nazionale e alla continuità e alla correttezza delle relazioni internazionali, con particolare riferimento alle ipotesi previste dai trattati e dalle relative leggi di attuazione; b) quando l'accesso possa arrecare pregiudizio ai processi di formazione, di determinazione e di attuazione della politica monetaria e valutaria; c) quando i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini; d) quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono; e) quando i documenti riguardino l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato. nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi.”), e successive modifiche, di tutti i dati di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 6 settembre 1989, n. 322 (“I dati raccolti nell'ambito di rilevazioni statistiche(...)non possono essere esternati se non in forma aggregata, in modo che non se ne possa trarre alcun riferimento relativamente a persone identificabili, e possono essere utilizzati solo per scopi statistici”), di quelli previsti dalla normativa europea in materia di tutela del segreto statistico e di quelli che siano espressamente qualificati come riservati dalla normativa nazionale ed europea in materia statistica, nonché quelli relativi alla diffusione dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale.”

tecniche atte ad impedire ai motori di ricerca web di indicizzare ed effettuare ricerche all'interno della sezione «Amministrazione trasparente»³¹².

La publicación en la *home page* de la Administración pública permite un control inmediato de su actividad.

El concepto de transparencia se enriquece, así, de un ulterior detalle: no sólo como derecho de conocimiento de los actos por parte del interesado del procedimiento, sino también como derecho de la colectividad a la visibilidad de las informaciones, de los datos y de los documentos que la Administración pública tramita durante el desarrollo de su acción administrativa.

El D. Lgs. 33/201, por lo tanto, extiende la obligación de publicidad y transparencia más allá de la relación de participación entre Administración pública e interesado, para comprender la relación entre la Administración pública y los administrados *tout court*.

En fin tenemos que subrayar que la obligación de suministrar datos a que hace referencia el D. Lgs. 33/2013 no debe ser confundida con la obligación de publicación - sancionada por otra legislación - en el «Albo Pretorio *on line*» de las Administraciones públicas. Esta publicación tiene como finalidad la de hacer adquirir efectos legales al acto.

Hecha esta premisa sobre la publicidad y sobre la transparencia conviene entrar más en los detalles para también entender la importancia de estos dos criterios, y cómo ellos puedan revelar eventuales responsabilidades del responsable del procedimiento.

2.5.1 Publicidad

La obligación finaliza con un control difuso por parte de los ciudadanos del complejo funcionamiento del aparato burocrático-administrativo y de los mecanismos que conducen a la

³¹² Por fin concluye el artículo 6 D.Lgs. 33/2013 que “1. Le pubbliche amministrazioni garantiscono la qualità delle informazioni riportate nei siti istituzionali nel rispetto degli obblighi di pubblicazione previsti dalla legge, assicurandone l'integrità, il costante aggiornamento, la completezza, la tempestività, la semplicità di consultazione, la comprensibilità, l'omogeneità, la facile accessibilità, nonché la conformità ai documenti originali in possesso dell'amministrazione, l'indicazione della loro provenienza e la riutilizzabilità secondo quanto previsto dall'articolo 7.

2. L'esigenza di assicurare adeguata qualità delle informazioni diffuse non può, in ogni caso, costituire motivo per l'omessa o ritardata pubblicazione dei dati, delle informazioni e dei documenti.”

propria acción administrativa para evitar que determinados fenómenos de corrupción puedan torcer la actividad administrativa.³¹³

En en coherencia con este objetivo, y por su relación con el tema tratado en esta tesis doctoral, cabe recordar que el legislador con la redacción del artículo 35 del D. Lgs. 33/2013 bajo la rubrica «Obblighi di pubblicazione relativi ai procedimenti amministrativi e ai controlli sulle dichiarazioni sostitutive e l'acquisizione d'ufficio dei dati» obliga a la Administración publicar a publicar en su *home page* institucional:

“i dati relativi alle tipologie di procedimento di propria competenza. Per ciascuna tipologia di procedimento sono pubblicate le seguenti informazioni: a) una breve descrizione del procedimento con indicazione di tutti i riferimenti normativi utili; b) l'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria; c) il nome del responsabile del procedimento, unitamente ai recapiti telefonici e alla casella di posta elettronica istituzionale, nonché, ove diverso, l'ufficio competente all'adozione del provvedimento finale, con l'indicazione del nome del responsabile dell'ufficio, unitamente ai rispettivi recapiti telefonici e alla casella di posta elettronica istituzionale; d) per i procedimenti ad istanza di parte, gli atti e i documenti da allegare all'istanza e la modulistica necessaria, compresi i fac-simile per le autocertificazioni, anche se la produzione a corredo dell'istanza è prevista da norme di legge, regolamenti o atti pubblicati nella Gazzetta Ufficiale, nonché gli uffici ai quali rivolgersi per informazioni, gli orari e le modalità di accesso con indicazione degli indirizzi.”

³¹³“Sono oggetto di pubblicazione obbligatoria sulla *home page* delle pubbliche amministrazioni” – según el D. Lgs. 33/2013 – “le informazioni concernenti la struttura dell’ente: componenti degli organi di indirizzo politico (incluyendo il loro curriculum e situazione reddituale); titolari di incarichi dirigenziali e di collaborazione e consulenza (incluyendo il loro curriculum e i compensi percepiti. La loro mancata pubblicazione comporta il procedimento disciplinare a carico del dirigente inadempiente e il mancato compenso nei confronti degli incaricati e collaboratori); bandi concorso per il reclutamento del personale; i dati relativi alla dotazione organica dell’ente (costi, suddivisione nelle diverse qualifiche, natura del rapporto di lavoro – tempo determinato e tempo indeterminato); valutazione della *performance* e premi collegati in forma aggregata; i contratti nazionali di lavoro e quelli decentrati in vigore nell’ente; dati relativi agli enti pubblici vigilati, e agli enti di diritto privato in controllo pubblico, nonché alle partecipazioni in società di diritto privato (salvo non siano quotate in borsa poiché in questo caso sono già soggette a rigidi controlli); dati relativi al bilancio di previsione e al conto consuntivo; le informazioni riguardanti il patrimonio immobiliare, i canoni di locazione o di affitto versati o percepiti dalle amministrazioni; i servizi erogati agli utenti e i relativi costi; tempi di pagamento alle imprese per l’acquisto di beni, servizi e forniture; pubblicazione semestrale degli “elenchi dei provvedimenti adottati dagli organi di indirizzo politico e dai dirigenti, con particolare riferimento ai provvedimenti finali dei procedimenti di: a) autorizzazione o concessione; b) scelta del contraente per l’affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; c) concorsi e prove selettive per l’assunzione del personale e progressioni di carriera di cui all’articolo 24 del decreto legislativo n. 150 del 2009; d) accordi stipulati dall’amministrazione con soggetti privati o con altre amministrazioni pubbliche.”; atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e attribuzione di vantaggi economici a persone fisiche ed enti pubblici e privati (quando l’importo è superiore ai mille euro nel corso dell’anno solare al medesimo beneficiario, la pubblicazione ai costituisce condizione legale di efficacia dei provvedimenti); i procedimenti amministrativi e i controlli sulle dichiarazioni sostitutive e l’acquisizione d’ufficio dei dati; i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; i processi di pianificazione, realizzazione e valutazione delle opere pubbliche; e infine, gli interventi straordinari e di emergenza che comportano deroghe alla legislazione vigente.”

dei recapiti telefonici e delle caselle di posta elettronica istituzionale, a cui presentare le istanze; e) le modalità con le quali gli interessati possono ottenere le informazioni relative ai procedimenti in corso che li riguardano; f) il termine fissato in sede di disciplina normativa del procedimento per la conclusione con l'adozione di un provvedimento espresso e ogni altro termine procedimentale rilevante; g) i procedimenti per i quali il provvedimento dell'amministrazione può essere sostituito da una dichiarazione dell'interessato, ovvero il procedimento può concludersi con il silenzio assenso dell'amministrazione; h) gli strumenti di tutela, amministrativa e giurisdizionale, riconosciuti dalla legge in favore dell'interessato, nel corso del procedimento e nei confronti del provvedimento finale ovvero nei casi di adozione del provvedimento oltre il termine predeterminato per la sua conclusione e i modi per attivarli; i) il link di accesso al servizio on line ove sia già disponibile in rete” - en caso de que la pública administración haya activado servicios *on line* - “o i tempi previsti per la sua attivazione; l) le modalità per l'effettuazione dei pagamenti eventualmente necessari, con le informazioni di cui all'articolo 36; m) il nome del soggetto a cui è attribuito, in caso di inerzia, il potere sostitutivo, nonché le modalità per attivare tale potere, con indicazione dei recapiti telefonici e delle caselle di posta elettronica istituzionale; n) i risultati delle indagini di customer satisfaction condotte sulla qualità dei servizi erogati attraverso diversi canali, facendone rilevare il relativo andamento.

Le pubbliche amministrazioni non possono richiedere l'uso di moduli e formulari che non siano stati pubblicati; in caso di omessa pubblicazione, i relativi procedimenti possono essere avviati anche in assenza dei suddetti moduli o formulari. L'amministrazione non può respingere l'istanza adducendo il mancato utilizzo dei moduli o formulari o la mancata produzione di tali atti o documenti, e deve invitare l'istante a integrare la documentazione in un termine congruo.”³¹⁴.

En particular el responsable del procedimiento no puede exigir el uso de formularios que no hayan sido previamente publicados, y que por lo tanto el ciudadano no podría conocer en el momento en que presentó su instancia.

De particular relieve es la Deliberación de la ANAC 1 de agosto de 2013 n. 71 “Attestazioni OIV sull’assolvimento di specifici obblighi di pubblicazione per l’anno 2013 e attività di vigilanza e controllo della Commissione”, porque subraya que ella velará por las publicación por parte de las

³¹⁴ El artículo 35 continúa – coma 3 – obligando las públicas administraciones a publicar sobre el propio *web site* institucional: ”a) i recapiti telefonici e la casella di posta elettronica istituzionale dell'ufficio responsabile per le attività volte a gestire, garantire e verificare la trasmissione dei dati o l'accesso diretto agli stessi da parte delle amministrazioni procedenti ai sensi degli articoli 43, 71 e 72 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445; b) le convenzioni-quadro volte a disciplinare le modalità di accesso ai dati di cui all'articolo 58 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82; c) le ulteriori modalità per la tempestiva acquisizione d'ufficio dei dati nonché per lo svolgimento dei controlli sulle dichiarazioni sostitutive da parte delle amministrazioni procedenti.”

Administraciones públicas de los datos sobre: el nombre del responsable del procedimiento junto a su número de teléfono y correo electrónico; el término para la conclusión del procedimiento y cualquier otro término procedimental relevante; En caso de inercia del responsable del procedimiento la Administración pública tendrá que publicar el nombre del sujeto al que se atribuye el poder sustitutivo y las modalidades para activar tal poder, junto a su número de teléfono y dirección de correo electrónico. Por tanto, se trata de los datos sancionados por el artículo 35, apartado 1, letras c), f), m) del d.lgs. n. 33/2013.

En cambio los OIV en relación con los procedimientos ad instancia deberán velar por que las Administraciones públicas publiquen los datos sancionados por el artículo 35 apartado 1 letra d) (actos y documentos para alegar en la instancia por el interesado y las modalidades de su presentación).

El derecho al conocimiento – («diritto alla conoscibilità») por parte de los ciudadanos de los documentos e informaciones o datos a través de su publicación sobre el *home page* de la Administración pública (sancionado por el artículo 3 del D. Lgs. 33/2013) está tutelado a través del «**acceso cívico**» disciplinado por el artículo 5 apartado 1 y 2 D.Lgs. 33/2013:

“L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione. 2. La richiesta di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente non deve essere motivata, è gratuita e va presentata al responsabile della trasparenza dell'amministrazione obbligata alla pubblicazione di cui al comma 1, che si pronuncia sulla stessa.”³¹⁵

³¹⁵ Continúa el artículo “3. L'amministrazione, entro trenta giorni, procede alla pubblicazione nel sito del documento, dell'informazione o del dato richiesto e lo trasmette contestualmente al richiedente, ovvero comunica al medesimo l'avvenuta pubblicazione, indicando il collegamento ipertestuale a quanto richiesto. Se il documento, l'informazione o il dato richiesti risultano già pubblicati nel rispetto della normativa vigente, l'amministrazione indica al richiedente il relativo collegamento ipertestuale.

4. Nei casi di ritardo o mancata risposta il richiedente può ricorrere al titolare del potere sostitutivo di cui all'articolo 2, comma 9-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, che, verificata la sussistenza dell'obbligo di pubblicazione, nei termini di cui al comma 9-ter del medesimo articolo, provvede ai sensi del comma 3.

5. La tutela del diritto di accesso civico è disciplinata dalle disposizioni di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, così come modificato dal presente decreto.

6. La richiesta di accesso civico comporta, da parte del Responsabile della trasparenza, l'obbligo di segnalazione di cui all'articolo 43 comma 5.”

La ANAC con la circular («deliberazione» en italiano, al tener efectos externos) 71/2013 citada, ha destacado que “ai sensi dell’ art. 5, c. 1, del suddetto decreto, le amministrazioni sono tenute a pubblicare il nome del Responsabile della trasparenza cui inoltrare la richiesta di accesso civico, nonché le modalità per l’esercizio di tale diritto, con indicazione dei recapiti telefonici e delle caselle di posta elettronica istituzionale. Por otro parte, el artículo 5, letra c) Apartado 4, dispone que, nel caso in cui il Responsabile della trasparenza non ottemperi alla richiesta, colui che ha presentato l’istanza possa ricorrere al titolare del potere sostitutivo il cui nome è pubblicato unitamente ai recapiti telefonici e delle caselle di posta elettronica istituzionale.”

Por lo demás, parece oportuno subrayar que el artículo 5 D. Lgs. 33/2013, que prevé el acceso del ciudadano, no supone una ampliación o sustitución de las reglas que permiten el acceso a los documentos administrativos de los artículos 22 y siguientes L. 241/1990. A pesar de que estén ambas inspiradas en el principio de transparencia, este último “è finalizzato a favorire la partecipazione degli interessati – garantendo così ai medesimi il diritto di difesa - nell’ambito del procedimento amministrativo nei quali sono coinvolti. Le norme sul diritto di accesso ai documenti amministrativi non possano essere invocate tout court dalla generalità dei cittadini, ma solo da quei soggetti che abbiamo un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento quale è richiesto l’accesso. Il diritto di accesso ai documenti amministrativi non può essere invocato per effettuare un controllo generalizzato dell’operato delle pubbliche amministrazioni, essendo tale controllo estraneo alle finalità perseguite attraverso l’istituto in questione”³¹⁶. En cambio, “il controllo generalizzato dell’operato delle pubbliche amministrazioni può essere effettuato attraverso il diritto di accesso civico di cui all’art. 5 D. Lgs. 33/2013 poiché la sua finalità è quella di assicurare a tutti i cittadini – senza necessità che vi sia alcun procedimento aperto nei loro confronti – la più ampia accessibilità alle informazioni, concernenti l’organizzazione e l’attività delle pubbliche amministrazioni, al fine di attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità, buon andamento,

³¹⁶ Consiglio di Stato, sección VI, 20 de noviembre 2013, n. 5515

responsabilità, efficacia ed efficienza nelle risorse pubbliche, quale integrazione del diritto ad una buona amministrazione, nonché per la realizzazione di un'amministrazione aperta al servizio del cittadino."³¹⁷.

Como conclusión, podemos decir que mientras el derecho a acceso a los documentos administrativos puede ejercerse sólo en presencia de intereses específicos y tiene que estar motivado, en cambio, el acceso ciudadano puede ser ejercido por cualquiera sin necesidad de motivar la solicitud cada vez que la Administración pública viola las obligaciones de publicación establecidas por el D. Lgs. 33/2013.

Conviene subrayar que una norma análoga es prevista en el ordenamiento español. En efecto el artículo 37 de la LRJPAC expresamente sanciona que:

*“Artículo 37. Derecho de acceso a la información pública. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación.”*³¹⁸

2.5.2 La transparencia como derecho al conocimiento y a la visualización de la actividad administrativa. La simplificación del lenguaje administrativo como derecho a la comprensión por parte de los administrados.

Hace falta ahora precisar que la obligación de transparencia tiene que respetar las disposiciones en materia de secreto de Estado, de secreto profesional y de protección de los datos personales.

La tarea de garantizar la oportuna publicación de los datos e informaciones enumerados en el D. Lgs. 33/2013 está a cargo de los directivos y responsables de los servicios de las unidades administrativas responsables de los procedimientos (artículo 43 apartado 3 D.Lgs. 33/2013).

Sin embargo el legislador de 2013 para evitar casos de omisión o inercia en la publicación de dichos elementos por parte de las Administraciones públicas ha instituido la figura del

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ Este artículo ha sido modificado por la disposición final 1.2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

«**responsable de la transparencia**» con el tarea de velar por el exacto cumplimiento en orden a las obligaciones de publicación solicitadas por la normativa vigente. En caso de omisión o retraso tiene que advertir cualquier irregularidad al órgano político, al OIV o al Departamento de la Función Pública³¹⁹.

Hace falta señalar en esta sede que la transparencia no se agota en el conocimiento y visualización de datos y actos, sino también abarca que se pueden comprender desde el punto de vista de la sintaxis por parte de los administrados.

En efecto, el acto administrativo no es sólo un acto técnico-jurídico por el que la Administración pública desarrolla su actuación administrativa. El acto administrativo es también un acto comunicativo cuyo contenido tiene que llegar a ser entendido por los ciudadanos.

Para que haya transparencia y luego accesibilidad es necesario también simplificar el lenguaje utilizado por la Administración.

En Italia el legislador a través del Ministerio de la Función Pública ha empezado a ocuparse de esta materia a partir del 1993 cuando editó el «Codice di stile delle comunicazioni scritte ad uso delle amministrazioni pubbliche». Este Código es fruto de las recomendaciones hechas por el Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) que en 1987 había publicado el

³¹⁹ El Responsable de la transparencia se encarga de redactar el programa trienal de transparencia (artículo 43 apartado 2), que asegura el regular funcionamiento del acceso ciudadano (artículo 43 apartado 4). Finalmente, advierte ante la oficina encargada de gestionar el régimen disciplinario del correspondiente ente, a los directivos y empleados públicos encargados de los servicio que puedan ser responsables de casos de incumplimiento o cumplimiento parcial de las obligaciones en materia de publicación (artículo 43 coma 5).

Por lo general el Responsable de la transparencia también tiene a su cargo la tarea de ser el Responsable de prevenir la corrupción, regulado por el artículo 1 Ley 6 de noviembre de 2012, n. 190. El art. 1 coma 7 L. 190/2012, que impone al órgano de dirección política localizar “di norma tra i dirigenti amministrativi (...) il responsabile della prevenzione della corruzione. Negli enti locali, il responsabile della prevenzione della corruzione e' individuato, di norma, nel segretario, salva diversa e motivata determinazione.” Luego por lo general en los entes distintos de los entes locales el responsable de la transparencia será un directivo administrativo, en cambio en los locales este encargo es atribuido directamente al secretario municipal.

El responsable de la transparencia se hace cargo de la responsabilidad *in vigilando*.

El artículo 46 D.lgs. 33/2013 prevé las sanciones en orden a las violaciones sobre las obligaciones de transparencia y publicidad “1. L'inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente o la mancata predisposizione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità costituiscono elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione e sono comunque valutati ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili. 2. Il responsabile non risponde dell'inadempimento degli obblighi di cui al comma 1 se prova che tale inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile.”

libro *«La Administración al servicio del público»*. En el 2002 se aprobó la *«Directiva sobre la simplificación del lenguaje de los textos administrativos»*³²⁰ (8 de mayo de 2002) por parte del Ministerio de la Función Pública. Sucesivamente en diciembre de 2007 la Región Toscana ha publicado un Manual de *«Reglas y sugerencias por la redacción de los textos normativos»*³²¹ que ha sido adoptado por todas las regiones italianas. Por fin, en 2011 el Instituto de teoría y técnicas de la información jurídica del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR), junto con la Academia de la Lengua de Florencia (“Academia de la Crusca”), partiendo de las reglas introducidas por la Directiva de 2002 y del Manual del 2007, han publicado la *«Guía de los actos administrativos. Reglas y sugerencias»*³²².

El objetivo de la Directiva, del Manual y de la Guía es localizar un grupo de reglas lingüísticas relativas a ortografía, morfología, léxico, sintaxis y citas normativas, para redactar los actos administrativos. La intención es por una parte elaborar unas reglas estándares que deberían ser adoptadas por todas las Administraciones públicas para que el contenido lingüístico de los actos sea homogéneo en todo el territorio nacional, por otra parte evitar que en la redacción de los actos administrativos se utilicen un lenguaje abstruso y pleno de referencias incomprensibles. Tales reglas prevén que el acto administrativo sea redactado preferiblemente con frases simples, formulando párrafos breves y claros, evitando el abuso de los términos especializados del lenguaje jurídico u otro lenguaje técnico y, en caso de que sea necesario adoptar un lenguaje técnico-jurídico éste tiene que respetar el sentido propio del ámbito científico de que trae origen.

Todos estos documentos se conciben como un auxilio para que todos los funcionarios de la Administración pública italiana puedan redactar mejor los actos administrativos, especialmente los que no tienen una específica formación jurídica, proviniendo de carreras universitarias científicas o humanístico-literarias.

³²⁰ Direttiva sulla semplificazione del linguaggio dei testi amministrativi.

³²¹ Regole e suggerimenti per la redazione dei testi normativi.

³²² Guida degli atti amministrativi. Regole e suggerimenti.

Desafortunadamente, a fecha de hoy, parece que no ha sido posible lograr el grado de homogeneidad y claridad de los actos administrativos que se quería alcanzar con la Directiva, el Manual y la Guía. La idea de los redactores de tales documentos es que fueran los órganos de dirección política de cada Administración pública los que se hiciesen cargo de promover la adopción de tales instrumentos, previendo en los presupuestos recursos económicos para favorecer iniciativas de formación continuada en el tiempo de los funcionarios. En cambio, debido también a los recortes de los recursos económicos para la formación, la adopción de tal iniciativa ha sido esporádica y solo voluntaria por parte de aquellos funcionarios más sensibles al problema.

2.6 Eficiencia

El criterio de eficiencia se contempla en el artículo 3-*bis* apartado 1 L. 241/1990³²³.

Dicho criterio obliga a la Administración pública a alcanzar los objetivos prefijados por la ley para ella con el menor empleo posible de recursos económicos, personales e instrumentales. El T.A.R. Lombardia (Milano), sección I, sentencia 14 de febrero de 2013 n. 407 ha subrayado que “i principi di efficienza e di economicità dell’azione amministrativa impongono, infatti, di evitare attività lunghe e dispendiose che non siano necessarie per la realizzazione dell’interesse pubblico perseguito.”³²⁴

El criterio de eficiencia es complementario del de economicidad, y se completa sobre todo con el criterio de eficacia que obra dentro de la Administración pública, o sea, la obliga a organizarse de forma eficaz en su comportamiento en orden a alcanzar los objetivos dictados por la ley.

³²³ “Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati.”

³²⁴ En este sentido también el T.A.R. Calabria (Reggio Calabria), sentencia 9 de febrero de 2010 n. 64 “in linea di principio, è stato affermato in giurisprudenza che nel caso di presentazione di una istanza contenente un indice di allegati, è responsabilità dell’Ufficio accertare la rispondenza tra l’indice ed i documenti allegati segnalandone eventuali discordanze (TAR Catania, I, 20 aprile 2009, nr. 760 e TAR Reggio Calabria 22 dicembre 2009, nr. 1342). (...)Ne consegue che, qualora sussista un indice di allegati, è obbligo di efficienza e di buona fede della PA (che deve adempierlo secondo i criteri organizzativi che le sono propri) riscontrare al momento dell’accettazione la corrispondenza dell’indice con i documenti effettivamente allegati, provvedendo alla tempestiva comunicazione delle differenze e difformità eventualmente accertate, ove sanabili.”

2.7 Ulteriores criterios extraíbles de la normativa comunitaria³²⁵

La referencia a los principios del orden comunitario que se prevén en el artículo 1 apartado 1 L. 241/1990³²⁶ constituye una ulterior línea de conducta no sólo para la Administración pública en general, sino también para los operadores jurídicos públicos en particular.

2.7.1 Derecho a una buena administración.

La legislación comunitaria regula en una sola norma bajo el título “*Derecho a una buena administración*” una serie de obligaciones que las legislaciones nacionales de los Estados europeos recogen en muchas normas dispersas por las leyes relativas al procedimiento administrativo. Se trata de una expresión general que reúne “una serie de normas que exigen de la Administración el cumplimiento de ciertos estándares de correcta práctica administrativa”³²⁷.

El artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea afirma:

“1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órgano de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en su contra una medida individual que le afecte desfavorablemente; el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el

³²⁵ Conviene precisar que puesto que la Unión Europea posee normas directamente aplicables con carácter vinculante que tienen por destinatarios no sólo a los Estados miembros sino, además, a los particulares (*Vid.* M. P. CHITI, *Derecho Administrativo Europeo*, Madrid, 2002, p. 100) el legislador europeo hasta hoy ha permanecido pasivo frente a la posible necesidad de elaborar una Ley sobre el procedimiento administrativo. Como señala MARTÍN DELGADO “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea puso nuevamente sobre la mesa la cuestión al reconocer, entre otros, el derecho de buena administración. La aprobación del Tratado de Lisboa ha traído consigo novedades adicionales. Dos son las más significativas, y permiten retomar la cuestión de la elaboración de una norma de procedimiento administrativo europeo con nuevos argumentos: de un lado, el tenor literal del art. 298 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, que puede servir de base jurídica para la elaboración de la misma; de otro, la atribución a los preceptos de la Carta de los Derechos Fundamentales del mismo valor jurídico de los Tratados, que permite la elaboración de normas de desarrollo de los derechos consagrados en ella.” (El procedimiento administrativo en el derecho de la Unión Europea, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 19 - 2º semestre 2010, págs. 101-102). Lo que hace la normativa europea de los tratados es establecer algunos principios, obligaciones y derechos relacionados con el procedimiento administrativo: obligo de motivación; derecho de acceso a los documentos; derecho de buena administración; derecho de audiencia; derecho al uso de una lengua oficial; derecho a la reparación del daño principio de legalidad; principio de igualdad; principio de proporcionalidad; principio de cooperación leal; principio de subsidiariedad; principio de transparencia; principio de publicidad; y principio de resolución expresa.

y notificación

³²⁶ “L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta (...) dai principi dell’ordinamento comunitario.”

³²⁷ I. MARTÍN DELGADO, *ob. cit.*, pág. 117.

ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.”

En Italia, como sabido, existe una proclamación expresa en la Constitución de este derecho. El artículo 97³²⁸ mencionó el criterio de buen funcionamiento («buon andamento») como un derecho que se debe garantizar a los administrados, pero sin precisar su contenido³²⁹.

Podría afirmarse con palabras de MARTÍN DELGADO que “el principio de buena administración posee una doble vertiente: de un lado, una vertiente objetiva, en la que la buena administración es uno de los objetivos que debe perseguir la Administración y constituye la garantía de un deber de resultado en beneficio de toda la colectividad; de otro, una vertiente subjetiva, por la que la buena administración queda consagrada como derecho fundamental del ciudadano y garantía de la adopción de una decisión equitativa e imparcial en el caso concreto”³³⁰.

2.7.2 Los principios de proporcionalidad y de razonabilidad

Proporcionalidad y razonabilidad de la acción administrativa han sido utilizados por la doctrina y jurisprudencia de forma confusa³³¹. Como indica CARTABIA “è bene sottolineare che la Corte costituzionale italiana non opera alcuna distinzione tra principio di ragionevolezza e principio di proporzionalità, i quali sono spesso usati in modo del tutto fungibile l’uno rispetto all’altro. Basti porre attenzione ad un passaggio tratto dalla sentenza n. 2 del 1999, relativa all’automatica radiazione di diritto dall’albo dei ragionieri e periti commerciali degli iscritti che abbiano riportato condanna penale per alcuni tipi di reato: «l’automatismo della sanzione disciplinare è irragionevole,

³²⁸ “I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento (...) dell’amministrazione.”

³²⁹ En España la Constitución no sanciona expresamente el deber de buena administración. Sin embargo ha sido la doctrina que ha demostrado la existencia de este deber dentro la Constitución a través el desarrollo de los artículos 9.3, 10.2, 31.2, y 103.1 CE (Vid. J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Valladolid, 2001)

³³⁰ I. MARTÍN DELGADO, *ob. cit.* pág. 118.

³³¹ Sobre el principio de proporcionalidad en España puede verse la clásica obra de D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, 2004.

contrastando con el principio de proporción, que è alla base della razionalità che informa il principio di eguaglianza»³³²

Para la jurisprudencia administrativa estos dos criterios hacen referencia solamente al area de la discrecionalidad administrativa. En cambio no cree que sean aplicables a las hipótesis de ejercicio reglado del poder administrativo, porque en este caso le corresponde al juez administrativo sencillamente controlar si la actividad administrativa es o no conforme con las disposiciones de ley³³³.

El T.A.R. Lazio (Roma) sección III, sentencia 31 de julio de de 2007 n. 7259 ha reconocido el fundamento del **principio de proporcionalidad** en el artículo 5 del Tratado de Unión Europea de 1992³³⁴: “Occorre puntualizzare che il principio di proporzionalità, di derivazione comunitaria (esso è stato introdotto con il Trattato di Maastricht nell’art. 5 del Trattato della Comunità europea), è principio generale dell’ordinamento (...); in ragione di tale sua valenza, il principio deve sempre sostenere l’azione amministrativa e postula, in via generale, che la p.a., nel perseguimento delle

³³² M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, Conferenza trilaterale delle Corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, pág. 2, en www.cortecostituzionale.it. Véase también L. PERFETTI, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, 2008. En fin el T.A.R. Calabria cree que la proporcionalidad no constituye un principio autónomo, sino que sea una manifestación del principio de razonabilidad: T.A.R. Calabria (Catanzaro), sección II, sentencia 23 de abril de 2012, n. 431 “Tale principio è già presente nel nostro ordinamento come una delle manifestazioni del principio di ragionevolezza nel quale confluiscono i principi di uguaglianza, di imparzialità e buon andamento. In tale prospettiva il principio di proporzionalità, richiamando una valutazione che incide sulla misura dell’esercizio del potere, impone alla p.a. di valutare attentamente le esigenze dei soggetti titolari di interessi coinvolti nell’azione amministrativa, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio per gli interessi stessi.”

³³³ *Vid.* Consejo de Estado, sección VI, sentencia 17 de febrero de 2009, n. 901; Consejo de Estado, sección VI, sentencia de 20 de diciembre de 2011, n. 6756.

³³⁴ Art. 5 Tratado Unión Europea: “1. La delimitación de las competencias de la Unión se rigen por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. 2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros. 3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo. 4. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”

finalità istituzionali, debba adottare la soluzione idonea e adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti.”

En particular el principio de proporcionalidad “exige que los actos de las Instituciones comunitarias sean aptos para conseguir el objetivo perseguido y no excedan de los límites de lo que sea necesario para alcanzarlo.”³³⁵

El principio di razonabilidad expresa “il giusto rapporto dell’atto allo scopo.”³³⁶

Para una parte de la doctrina la diferenciación entre los dos criterios (proporcionalidad y razonabilidad) tiene que ser localizada en los dos diferentes aspectos que expresan: el criterio de proporcionalidad mira a la «cantidad» del poder utilizado o, si se prefiere a la «intensidad» del empleo del poder; en cambio la razonabilidad a la «calidad» en la elección del ejercicio del poder³³⁷.

➤ 2.7.3 La confianza legítima

2.7.3 La confianza legítima.

El criterio de confianza legítima, cuya recepción en la jurisprudencia comunitaria y nacional ha sido notable en las últimas décadas, tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Administrativo alemán.

La tutela de la confianza legítima no está prevista expresamente por los Tratados de la Unión europea. Su recepción dentro el ordenamiento comunitario ha sido posible por la jurisprudencia comunitaria y tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Administrativo alemán.

La Corte de Justicia europea desde su decisión el 3 de mayo de 1978 n. C-12/77 (Topfer), ha afirmado que “el principio de confianza legítima forma parte del ordenamiento comunitario” como corolario del principio de seguridad jurídica, reuniendo las variadas experiencias europeas en un sistema muy pragmático, y que al mismo tiempo ha influido la jurisprudencia italiana.

³³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia 9 de agosto de 1994 (asunto C-359/92).

³³⁶ T.A.R. Lombardia (Milano), sentencia 27 de marzo de 2013 n. 802.

³³⁷ Vid. S. USAI, ob. cit., págs. 312-313.

Se trata de una expectativa legítima – a evaluar caso por caso, en relación a las circunstancias de hecho y de derecho en que ha obrado la Administración pública- que deriva de un acto administrativo favorable, aunque afectado por un vicio, el cual puede aceptarse como válido pese a que el ordenamiento suele exigir la eliminación de todo acto ilegítimo o que ha carece de conformidad con los intereses colectivos.

El criterio de la legítima confianza encuentra su fundamento natural en el principio de seguridad jurídica, de tal modo que una situación de ventaja reconocida a un sujeto privado por un acto administrativo no puede ser removida si no se justifica en insuperables y fundadas exigencias derivadas del interés público³³⁸.

La reciente jurisprudencia italiana ha puntualizado que “il principio di tutela del legittimo affidamento «...si traduce in un limite all’adozione di provvedimenti negativi o sfavorevoli emanati a notevole distanza temporale dal verificarsi della fattispecie legittimante, ovvero in presenza di elementi che rendano razionalmente ammissibile la conservazione di effetti prodotti dal provvedimenti illegittimi, ovvero in presenza di un contegno tenuto dall’Amministrazione che sia idoneo a suscitare falsi affidamenti, ovvero ancora in presenza di mutamenti normativi o giurisprudenziali che rendano incerta per il destinatario la validità o l’efficacia di atti emanati dall’Amministrazione» (TAR Puglia, Bari, sez. I, 9 maggio 2011 n. 688).”³³⁹

En fin, la misma jurisprudencia italiana ha aclarado que la confianza legítima tiene que ser entendida “non quale generica e soggettiva aspettativa di un beneficio, ma quale situazione in generata dagli atti posti in essere dalla pubblica amministrazione che, in base ad una valutazione obiettiva, sia tale da indurre i destinatari ad operare determinate scelte e ad effettuare opzioni in funzione del risultato da raggiungere.”³⁴⁰

Conforme a la jurisprudencia comunitaria el artículo 21-*quinqüies* apartado 1 L. 241/1990 establece que:

³³⁸ Véase Sentencias del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 1961 (asunto C-15/60); de 3 de marzo de 1982 (asunto C-14/81); de 26 de febrero de 1987 (asunto C-15/85); de 17 de abril de 1997 (asunto C-90/95).

³³⁹ T.A.R. Calabria (Catanzaro), sección II, sentencia 6 de febrero de 2012 n. 149

³⁴⁰ T.A.R. Calabria (Catanzaro), sección I, sentencia 7 de julio de 2011 n. 793.

“Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell’interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell’organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocado a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l’amministrazione ha l’obbligo di provvedere al loro indennizzo.”³⁴¹

2.7.4 Principio de precaución

Este principio ha sido elaborado por la jurisprudencia europea. Nace en el ámbito del medio ambiente como respuesta a la incertidumbre en la producción de distintos riesgos que se fueron creando con el avance de las ciencias y la tecnología. Está recogido en el artículo 191 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea³⁴². Su objetivo es garantizar un alto nivel de protección al medio ambiente gracias a acciones preventivas en caso de riesgo. Sin embargo en la práctica, el campo de aplicación de este principio es mucho más vasto y también se extiende a la política de los consumidores, a la legislación europea sobre los alimentos, a la salud humana, animal y vegetal. Como subraya la Comisión europea “El principio de precaución no está definido en el Tratado, que sólo lo menciona una vez, para la protección del medio ambiente, pero, en la práctica, su ámbito de aplicación es mucho más vasto, y especialmente cuando la evaluación científica preliminar objetiva indica que hay motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal puedan ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido para la Comunidad. (...) El principio de precaución debe considerarse en el ámbito de un planteamiento estructurado del análisis de riesgos, que comprende tres elementos: evaluación del riesgo, gestión del riesgo y comunicación del riesgo. El principio de precaución atañe especialmente a la gestión del riesgo. (...) El recurso al principio de

³⁴¹ El T.A.R. Calabria (Catanzaro), sección II, sentencia 6 de febrero de 2012 n. 149 aclara que “per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell’interesse pubblico originario, il provvedimento di revoca deve essere adeguatamente motivato quando incide su posizioni in precedenza acquisite dal privato, non solo con riferimento ai motivi di interesse pubblico che giustificano il ritiro dell’atto, ma anche in considerazione delle posizioni consolidate in capo al privato e all’affidamento ingenerato nel destinatario dell’atto da revocare (cfr. ex multis Consiglio Stato, sez. V, 18 gennaio 2011, n. 283).”

³⁴² Art. 191.2 Tratado funcionamiento Unión Europea “La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente (...)Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga.”

precaución presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso, y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente.”³⁴³.

La reciente jurisprudencia italiana ha delineado ulteriormente el concepto del principio de precaución como obligatorio para todas las Administraciones públicas “di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire i rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l’ambiente, ponendo una tutela anticipata rispetto alla fase dell’applicazione delle migliori tecniche proprie (...) e che quindi esige di verificare preventivamente che l’attività in esame non danneggi l’uomo o l’ambiente, facendo prevalere la protezione di tali valori sugli interessi economici.”³⁴⁴.

Pues dicho principio “si caratterizza anche per una tutela anticipata rispetto alla fase dell’applicazione delle migliori tecniche previste, una tutela, dunque, che non impone il monitoraggio dell’attività da farsi al fine di prevenire i danni, ma esige di verificare preventivamente che l’attività non danneggi l’uomo o l’ambiente.”³⁴⁵ Por consiguiente “l’applicazione del principio di precauzione comporta in concreto, che ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un’attività potenzialmente pericolosa, l’azione dei pubblici poteri deve tradursi in una prevenzione precoce, anticipatoria rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche.”³⁴⁶ Este principio “costituisce, quindi un criterio orientativo generale e di larga massima (...) che deve caratterizzare non soltanto le attività normative, ma prima ancora, quelle amministrative, come peraltro prevede l’art. 1 della legge 7 agosto 1990 n. 241, ove si stabilisce che «L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta ... dai principi dell’ordinamento comunitario.»”³⁴⁷

³⁴³ Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, Febrero, 2000

³⁴⁴ T.A.R. Lazio (Roma), sección II, sentencia 20 de enero de 2012 n. 663.

³⁴⁵ T.A.R. Campania (Napoli) sección V, sentencia 1 de diciembre de 2011 n. 5628.

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ T.A.R. Trentino-Alto Adige (Trento), sección I, sentencia 14 de enero de 2012 n. 18.

3. *EL RESPONSABLE DEL PROCEDIMIENTO*

En cuanto a los antecedentes, después de haber tratado brevemente la importancia de la ley 241/1990 y de los criterios que recoge en el panorama administrativo italiano, el autor de esta tesis se ha concentrado en el análisis práctica/operativa que más directamente concierne al responsable del procedimiento, objetivo único de esta tesis doctoral.

El procedimiento administrativo es una de las muchas realidades bivalentes cuya percepción cambia según el punto de vista de que se mira. En la experiencia del burócrata el procedimiento es el lugar donde se ejerce el poder. Al contrario para el ciudadano el procedimiento representa una garantía contra eventuales disfunciones en el ejercicio del poder de la pública administración por parte del burócrata. Resulta evidente que para tutelar al ciudadano contra el poder de la pública administración es necesario ante todo garantizar el mismo del anonimato de la acción administrativa. En segundo lugar es necesario crear de los mecanismos que le permitan al ciudadano de controlar el curso de su instancia frente a la pública administración y las eventuales inercias y obstruccionismos que se hayan producido durante el procedimiento, para hacerle saber en antelación a quien debe dirigirse para pedir informaciones y localizar a eventuales responsables. A estas exigencias responde la introducción de la figura del responsable del procedimiento administrativo a obra de los artículos 4-6 de la ley 241/1990. Sin embargo conviene precisar que el instituto del responsable del procedimiento no puede ser sólo considerado como mera aplicación del principio de responsabilidad del funcionario público. En otras palabras el responsable desarrolla en ámbito de la instructoria un papel activo: qué es típico de los procedimientos dominados por el principio inquisitorio³⁴⁸.

Según la intención del legislador esta figura debería concurrir en implementar el buen funcionamiento de la pública administración. En efecto el desarrollo de un procedimiento que involucre a diversas autoridades y particulares, y que implique actividades instructorias y

³⁴⁸ Vid. G. CORSO, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, en *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del Convegno Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988, a cura de F. Trimarchi, Milano, 1990, pág. 59 y ss.

consultivas no sencillas, había puesto en evidencia la necesidad de una figura que coordine su tramitación y favorezca su correcta y rápida realización.

La figura responsable del procedimiento administrativo exigida por la ley 241/90 se sitúan en los siguientes ámbitos: lo de transparencia; lo de garantía, y en fin lo de eficiencia y eficacia.

En orden al primer ámbito el responsable del procedimiento en cierto sentido exterioriza la estructura interna de la Administración y la pone directa y personalmente en contacto con los terceros.

Respecto al segundo ámbito, el responsable del procedimiento se coloca como punto de referencia de los sujetos interesados en la resolución que, de este modo, tienen un interlocutor bien individuado. La previsión del responsable del procedimiento debería, en efecto, evitar el laberinto de las competencias y la fuga de la responsabilidad de la autoridad administrativa; y como consecuencia debería eliminar aquella formidable garantía de impunidad de la Administración constituida por el anonimato o, si se prefiere, por la impersonalidad de las oficinas administrativas. La ley establece que este sujeto debe ser una persona física - no un cuerpo colegiado - encargado sobre todo de la dirección del trámite y al que los interesados pueden dirigirse durante toda la tramitación. Por esta razón su calidad de responsable debe comunicarse a todos los interesados. En fin conviene recordar en esta sede que el responsable del procedimiento es un empleado de la Administración pública que obra, dentro y para la Administración pública. Al tratar de esta figura no queda más remedio que tener en cuenta todas las normas que tienen que ser aplicadas durante el ejercicio del poder administrativo. Tenemos que considerar que el responsable del procedimiento administrativo está cargado no sólo de todas aquellas responsabilidades previstas para los empleados públicos (administrativa, disciplinaria, civil y penal), sino también de las responsabilidades específicas previstas para esta particular figura.

Con respecto al tercer y último ámbito, ya hemos subrayado cómo desde un punto de vista estrechamente funcional el procedimiento es el instrumento por el que la Administración pública llega a una decisión, o mejor dicho, es el *modus operandi* que tiene que utilizar la Administración

pública para el desarrollo de las mismas actividades. Consecuentemente desde un punto de vista práctico podemos afirmar que la Administración pública ejerce toda su acción administrativa a través de procedimientos administrativos que se articulan en una sucesión de actos y operaciones que siguen un particular orden y unas directivas concretas prefijadas, en líneas generales, por la ley³⁴⁹.

La doctrina, con un fin didáctico, ha dividido el procedimiento en tres fases: preparatoria (qué comprende la iniciación y la instrucción); decisoria que corresponde a la finalización del procedimiento a través de su resolución; y eventualmente la fase de integración de la eficacia de las resoluciones administrativa que la prevén. En realidad, la distinción entre todas estas fases es inexistente dado que el procedimiento administrativo se presenta como un *continuum*, cuyo director principal lo constituye el responsable del procedimiento³⁵⁰. El mismo Tribunal de Cuentas («Corte dei Conti») ha hecho hincapié en que “nel sistema delineato dalla l. n. 241 del 1990, l'individuazione certa di un responsabile del procedimento risponde ad esigenze di trasparenza, efficienza ed efficacia assicurando, al contempo, l'attuazione del principio di responsabilità di cui all'art. 28 Cost. ed il più celere corso dell'iter procedimentale. (...) Ed il responsabile del procedimento è figura massimamente ricollegabile al principio dell'efficacia, su cui si incentra una delle più rilevanti «ratio» della configurazione procedimentale”³⁵¹.

El responsable del procedimiento, por lo tanto, se erige en motor y guía del completo desarrollo del procedimiento y favorece su conclusión en los tiempos previstos. La labor de dar impulso al procedimiento, haciéndolo avanzar, se entrelaza con aquella otra de gobernar la instrucción y el iter de la formación de la decisión. En efecto, el responsable del procedimiento

³⁴⁹ Como ha apuntado USAI desde un punto de vista práctico “La circostanza, poi, che certe procedure siano caratterizzate da comportamenti piuttosto che atti non cambia la configurazione del modello utilizzato, si è sempre in presenza di una procedura o di un procedimento. Si pensi alla differenza che può passare tra un ufficio e quello di un istruttore. Anche il primo è responsabile “non in senso tecnico-giuridico “di un «procedimento» presidiato da proprie regole e direttive che questi è tenuto ad ossequiare e/o adattare. Ed ecco perché la rilevanza della legge 241/1990 risulta estrema e fondamentale, per il suo stesso valore di «direttiva» organizzativa senza la quale ci si troverebbe innanzi ad una totale situazione di anarchia ed inefficienza.” (S. USAI, ob. cit. pág. 28).

³⁵⁰ Vid. E. CASETTA, ob. cit., 2013, pág. 475.

³⁵¹ Tribunal de Cuentas, sección jurisdiccional Toscana, sentencia 2 de julio de 2009, n. 415

resulta investido de una serie de poderes idóneos para resolver conflictos organizativos e interpretativos conectados con el transcurrir del procedimiento e, igualmente, de poderes idóneos para vencer eventuales inercias de los participantes (veáse laas tareas elencadas en el artículo 6 L. 241 /1990 más adelante)

La figura del responsable del procedimiento administrativo encuentra su regulación general en Capo II, arts. 4-6 L. 241/1990. Las tareas se localizan en el artículo 6 y pueden ser resumidos en la actividad de iniciativa, impulso y dirección de la fase instructoria³⁵². Pues no hay dudas sobre el hecho de que el responsable del procedimiento representa el *dominus* de la fase instructoria³⁵³, al cual la ley reconoce un poder discrecional en relación a la selección de los intereses de perseguir en el caso concreto³⁵⁴ y a los instrumentos para lograr los mismos.

Sin embargo la acción del responsable del procedimiento administrativo no se agota en la fase instructoria del procedimiento, (aunque ésta ocupa un primer plano en la actividad de este sujeto)³⁵⁵, ya que como sugiere el mismo artículo 6 L. 241/1990, él también actúa en la fase siguiente a la emanación de la resolución, puesto que corresponde al responsable del procedimiento tanto la notificación como la publicación de la resolución final.

³⁵² Como subraya la doctrina y la jurisprudencia la fase instructoria es la parte más importante del procedimiento ya que es justo en esta fase cuando se reconocen todos los elementos necesarios para adoptar, en la fase decisoria, la resolución final. Vid. G. FIORILLO, Il responsabile del procedimento: individuazione, compiti e responsabilità, en *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2012, n. 4, pág. 432.

³⁵³ Así para el Consejo de Estado, sección II, “in mancanza di specifiche disposizioni legislative circa lo svolgimento dell’istruttoria amministrativa la regola introdotta dall’articolo 6 della legge 7 agosto 1990, n. 241, affida al responsabile del procedimento il compito di accertare i fatti «disponendo il compimento degli atti all’uopo necessari». In altri termini, la legge affida all’apprezzamento del responsabile del procedimento il compito di individuare i mezzi istruttori più idonei per l’accertamento dei fatti da porre a fondamento del provvedimento conclusivo. Ciò non vuol dire, ovviamente, che la scelta dei mezzi sia insindacabile ma solo che essa può essere ritenersi viziata sotto il profilo della legittimità solo allorché appaia incongrua rispetto al fine voluto dal legislatore ovvero porti a risultati aberranti od a travisamento dei fatti.” Sentencia de 20 de mayo de 2009, n. 3097.

³⁵⁴ En efecto la Constitución por su carácter pluralista no conoce una jerarquía preconstituida de valores e intereses. La Constitución asigna igual dignidad a los valores e intereses reconocidos. La elección en favor del uno o del otro depende de la especificidad de las situaciones concretas y de las concretas evaluaciones de los poderes públicos. Por lo tanto corresponde al poder público durante el ejercicio de la función administrativa a través del balance y la ponderación - que constituyen un aspecto relevante de la discrecionalidad administrativa - elegir, seleccionar y decidir (Vid. G. CORSO, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, ob. cit., págs. 68-69).

³⁵⁵ Según CORSO se puede creer legítimamente que la tarea del responsable del procedimiento no se agota con la transmisión de los actos al órgano competente por la adopción de la resolución final, dado que también comporta una ulterior actividad de estímulo porque el órgano competente efectivamente adopte el acto final (Vid. G. CORSO, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, ob. cit., pág. 73).

La ley 241/1990 no da una definición de la figura del responsable del procedimiento y hay que construirla a partir de las tareas que tiene asignadas. Por este motivo la figura del responsable del procedimiento constituye el objeto de continuas consideraciones y especificaciones en relación a las tareas que el legislador asigna a este sujeto.

Configurándose el procedimiento administrativo como una relación entre partes contrapuestas con iguales derechos e iguales deberes y en cuyo marco se tiende a fijar en concreto cuál es el interés público, el Consejo de Estado ha afirmado que esta relación entre las partes tiene que desarrollarse a la luz del **principio de leal cooperación**. Dicho principio – para el Consejo de Estado ha sido elevado “al rango di norma giuridica dalla legge n. 241/1990, la quale, all’art.6, prevede che il responsabile del procedimento valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti rilevanti per l’emanazione del provvedimento.”³⁵⁶

Para definir el ámbito de acción del responsable del procedimiento tenemos que fijarnos sobretudo en el procedimiento iniciado a instancia de parte. En efecto, es en este procedimiento en el que el legislador ha dispuesto toda una serie de sanciones en caso de retrasos y omisiones por parte del responsable del procedimiento. Como apunta Casetta “Dal combinato disposto di una serie di articoli della L. 241/1990 emerge una sorta di «statuto» dei procedimenti ad istanza di parte. In particolare a essi si applicano la disciplina dell’indennizzo da ritardo, l’art. 10-bis, che impone di comunicare agli istanti i motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza, e l’art. 20 che prevede l’eventualità della indizione della conferenza di servizi e, soprattutto la possibilità di definizione del procedimento mediante silenzio-assenso, purché non ricorrano casi di esclusione (in tali ipotesi, in caso di inerzia, si forma invece il silenzio-inadempimento).”³⁵⁷

³⁵⁶ Sentencia 23 de febrero de 2004 n. 695.

³⁵⁷ E. Casetta, *ob. cit.*, 2013, pág. 484.

3.1 Determinación de la unidad administrativa responsable del procedimiento (artículo 4).

El artículo 4 apartado 1 L. 241/1990³⁵⁸ establece que:

“1. Ove non sia già direttamente stabilito per legge o per regolamento, le pubbliche amministrazioni sono tenute a determinare per ciascun tipo di procedimento relativo ad atti di loro competenza l'unità organizzativa responsabile della istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale.

2. Le disposizioni adottate ai sensi del comma 1 sono rese pubbliche secondo quanto previsto dai singoli ordinamenti.”

Conviene precisar que esta norma menciona la unidad organizativa sin definirla. En la practica la articulación interior de los entes pueden asumir denominaciones varias: secciones, departamentos, unidades administrativas, direcciones, despachos, etc...

El artículo 4 introduce el deber generalizado para las públicas administraciones de articularse en determinadas unidades administrativas competentes para cada materia específica con el fin de administrar mejor los procedimientos administrativos que pertenecen a aquella materia.

En el caso de las Administraciones estatales ha sido el mismo legislador quien, a través de la ley o el reglamento ha determinado las unidades administrativas; en cambio en las Administraciones locales generalmente es el órgano de dirección política el que establece a través de una Resolución del Pleno («Deliberazione della Giunta») las macro-areas de actividad (técnica, financiera, social, cultural, etc...), que luego se subdividirán en unidades administrativas en cuyo seno se tramitarán los procedimientos administrativos concretos.

Antes de la Ley 4 de abril de 2012 n. 35³⁵⁹, el ordenamiento jurídico italiano no preveía ninguna consecuencia en el caso de que se omitiese la determinación de la unidad administrativa responsable del procedimiento.

El legislador de 2012 llena esta laguna con el artículo 1 apartado 1 L.35/2012, que ha introducido un apartado 9-*bis* al artículo 2 L. 241/1990, que prevé la novedosa figura del

³⁵⁸ Sobre la publicación de cuyo al artículo 4 coma 2 véase *supra* parrafo 2.5 «Trasparencia y publicidad»

³⁵⁹ (Conversione, con modificazione del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5: Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e sviluppo)

funcionario encargado de impulsar el procedimiento para evitar retrasos: el funcionario anti-retraso («funzionario antiritardo»):

“L'organo di governo individua, nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione, il soggetto cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia. Nell'ipotesi di omessa individuazione il potere sostitutivo si considera attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o in mancanza al funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione. Per ciascun procedimento, sul sito internet istituzionale dell'amministrazione è pubblicata, in formato tabellare e con collegamento ben visibile nella homepage, l'indicazione del soggetto a cui è attribuito il potere sostitutivo e a cui l'interessato può rivolgersi ai sensi e per gli effetti del comma 9-ter. Tale soggetto, in caso di ritardo, comunica senza indugio il nominativo del responsabile, ai fini della valutazione dell'avvio del procedimento disciplinare, secondo le disposizioni del proprio ordinamento e dei contratti collettivi nazionali di lavoro, e, in caso di mancata ottemperanza alle disposizioni del presente comma, assume la sua medesima responsabilità oltre a quella propria.”

El funcionario anti-retraso - encargado de impulsar el procedimiento (veáse *amplius* más adelante) - está dotado de un poder sustitutivo, sea contra la inercia de la Administración pública en determinar la unidad administrativa, sea también contra todas las otras omisiones o retrasos con respecto a las distintas fases del procedimiento, aunque se haya nombrado un responsable del procedimiento. El poder sustitutivo no está exento de consecuencias respecto a quien habría tenido que actuar con diligencia y no lo ha hecho. En efecto, la sustitución comporta implicaciones desde el punto de vista de la responsabilidad, de la evaluación de la *performance* y consecuencias sobre una eventual reiteración del encargo de la tarea en el caso de que el órgano directivo tenga una vinculación contractual con la Administración (contrato de dirección) o sea, por el contrario un funcionario responsable del servicio³⁶⁰ o responsable del procedimiento³⁶¹).

³⁶⁰ Por lo general a los responsables de los servicios se les reconoce un complemento retributivo que se suma al sueldo de base (se trata de la «Posizione Organizzativa». En los Entes Locales está regulada por los arts. 8-11 del «Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro» (CCNL) de 31 de marzo de 1999. Este complemento varía de € 5.164,569 a € 12.911,422 brutos anuales. La institución o menos de la «Posizioni Organizzative» y su número es de competencia del órgano de dirección política. En cambio el nombramiento en concreto del sujeto es de competencia del director de la unidad administrativa. El encargo puede durar hasta un máximo de 5 años y está sujeto a revocación por parte del director. Dicho encargo puede ser atribuido solo a los funcionarios. Si en la Administración pública faltan funcionarios – por lo general eso ocurre en entes muy pequeños - la «Posizione Organizzativa» puede atribuirse a una persona de cualificación inferior, pero entonces el complemento oscila de un mínimo de € 3.098,741 a un máximo de € 7.746,853 (brutos anuales).

³⁶¹ Los entes de grandes dimensiones han implantado complementos para puestos de trabajo que conllevan específicas responsabilidades. En los Entes Locales dicha facultad está regulada por el artículo 17 apartado 2 letra f) CCNL 1 de

El artículo 2 apartado 1 D. Lgs. 30 de marzo de 2001 n. 165³⁶² establece que:

“Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive. Esse ispirano la loro organizzazione ai seguenti criteri: a) funzionalità rispetto ai compiti e ai programmi di attività, nel perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità. A tal fine, periodicamente e comunque all'atto della definizione dei programmi operativi e dell'assegnazione delle risorse, si procede a specifica verifica e ad eventuale revisione; b) ampia flessibilità, garantendo adeguati margini alle determinazioni operative e gestionali da assumersi ai sensi dell'articolo 5, comma 2; c) collegamento delle attività degli uffici, adeguandosi al dovere di comunicazione interna ed esterna, ed interconnessione mediante sistemi informatici e statistici pubblici; d) garanzia dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa, anche attraverso l'istituzione di apposite strutture per l'informazione ai cittadini e attribuzione ad un unico ufficio, per ciascun procedimento, della responsabilità complessiva dello stesso; e) armonizzazione degli orari di servizio e di apertura degli uffici con le esigenze dell'utenza e con gli orari delle amministrazioni pubbliche dei Paesi dell'Unione europea.”

Sin embargo el Consejo de Estado³⁶³ aclara que la competencia del órgano de dirección política competente en la determinación de las líneas fundamentales de organización de las unidades administrativas de las oficinas de la Administración pública no disponen de un poder discrecional ilimitado, en efecto si “è vero e non può certo essere messo in discussione in questa sede che l’Amministrazione pubblica gode, ai sensi dell’art. 97 della Costituzione, di un ampio margine di auto-organizzazione degli uffici e del personale, (...) è anche vero che l’esercizio in concreto di tale discrezionalità non è senza limiti, altrimenti essa si tramuterebbe in una incondizionata licenza, senza alcun limite e senza alcuna possibilità di controllo. Pertanto, pur nella notevole discrezionalità che caratterizza la materia, essa incontra due limiti: uno è quello della ragionevolezza, nel senso che, qualora si dovessero riscontrare patenti violazioni dell’ordine logico e si dovesse individuare una organizzazione che non si presenta rispettosa dei principi di cui all’art.

abril de 1999. Este complemento no puede superar € 1.549,371 brutos anuales para las Regiones y € 1.032,914 brutos anuales para los restantes entes. Puedan conseguir dicho complemento todos los empleados públicos sean funcionarios o no.

³⁶² Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche

³⁶³ Sección IV sentencia de 14 de febrero de 2012 n. 730

97 Cost., allora l'esame del provvedimento di macro-organizzazione diventa non solo necessario, ma addirittura indispensabile; l'altro limite, si potrebbe dire, naturalmente, è quello del rispetto delle statuizioni esistenti e, in particolare, nel caso che interessa in questa sede, delle guarentigie attribuite a determinate categorie di soggetti operanti nell'ambito della pubblica amministrazione.”

Simplificando la cuestión, podemos delinear así el proceso: la subdivisión de la organización en unidades administrativas (o también denominadas: secciones, servicios, direcciones, etc.,) se fija por los órganos políticos, que designan los jefes que ponen al frente de cada unidad administrativa³⁶⁴ con las correspondientes atribuciones en materia de recursos humanos,

³⁶⁴ En los entes locales de mayor dimensión se trata de directivos, en cambio en los entes que no tienen directivos son los funcionarios responsables de los servicios los que en virtud del artículo 109 apartado 1 D. Lgs. 18 de junio de 2000 n. 267 (Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali - T.U.E.L.) están autorizados para ejercer la función directiva “a seguito di provvedimento motivato del sindaco (...) indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, anche in deroga a ogni diversa disposizione.”

Convien precisare che el legislador italiano de 2001 ha operado una distinción entre componente política y componente burocrática: competen a los órganos de dirección política las “funzioni di indirizzo politico-amministrativo”, definiendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti. Ad essi spettano, in particolare: a) le decisioni in materia di atti normativi e l'adozione dei relativi atti di indirizzo interpretativo ed applicativo; b) la definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa e per la gestione; c) la individuazione delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie da destinare alle diverse finalità e la loro ripartizione tra gli uffici di livello dirigenziale generale; d) la definizione dei criteri generali in materia di ausili finanziari a terzi e di determinazione di tariffe, canoni e analoghi oneri a carico di terzi; e) le nomine, designazioni ed atti analoghi ad essi attribuiti da specifiche disposizioni; f) le richieste di pareri alle autorità amministrative indipendenti ed al Consiglio di Stato; g) gli altri atti indicati dal presente decreto.”

En cambio a los directivos “2. Ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati.” (artículo 4 coma 1 y 2 D. Lgs. 165/2001)

Dicha distinción es más evidente en el artículo 107 T.U.E.L.: “1. Spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti. Questi si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo.

2. Spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108.

3. Sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente: a) la presidenza delle commissioni di gara e di concorso; b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso; c) la stipulazione dei contratti; d) gli atti di gestione finanziaria, ivi compresa l'assunzione di impegni di spesa; e) gli atti di amministrazione e gestione del personale; f) i provvedimenti di autorizzazione, concessione o analoghi, il cui rilascio presupponga accertamenti e valutazioni, anche di natura discrezionale, nel rispetto di criteri predeterminati dalla legge, dai regolamenti, da atti generali di indirizzo, ivi comprese le autorizzazioni e le concessioni edilizie; g) tutti i provvedimenti di sospensione dei lavori, abbattimento e riduzione in pristino di competenza comunale, nonché i poteri di vigilanza edilizia e di irrogazione delle sanzioni amministrative previsti dalla vigente legislazione statale e regionale in materia di prevenzione e repressione dell'abusivismo edilizio e paesaggistico-ambientale; h) le attestazioni, certificazioni, comunicazioni, diffide, verbali, autenticazioni, legalizzazioni ed ogni altro atto costituente

materiales y financieros. La fase siguiente es la atribución de los procedimientos administrativos a cada unidad administrativa. Claramente la parte política en esta tarea está ayudada por el componente burocrático. Generalmente en los Entes Locales este papel corresponde al Director General.

Una vez definido el orden organizativo del ente éste debe comunicarse no sólo de los administrados, sino también debe ser conocido dentro del ente, ya que la exigencia de coordinación y dirección del procedimiento obligan a la estructura administrativa a la cooperación entre unidades administrativas o ramas de las mismas.³⁶⁵

3.2 Identificación concreta de la persona física responsable del procedimiento (artículo 5).

Una vez determinadas el número de unidades administrativas, las jefaturas de cada una de ellas tendrán que identificar la persona física que en concreto se encargará de los procedimientos administrativos relativos a la materia que es competencia de la unidad administrativa a la cual pertenece.

El artículo 5 apartado 1 efectivamente establece que:

“Il dirigente di ciascuna unità organizzativa provvede ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all’unità la responsabilità dell’istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, dell’adozione del provvedimento finale.”

El apartado 2 añade que:

manifestazione di giudizio e di conoscenza; i) gli atti ad essi attribuiti dallo statuto e dai regolamenti o, in base a questi, delegati dal sindaco.

4. Le attribuzioni dei dirigenti, in applicazione del principio di cui all'articolo 1, comma 4, possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative.”

En fin la separación entre componente político y componente burocrático es ulteriormente subrayada por la Ley 190/2012 (Legge anticorruzione). El apartado 39 reza: “Al fine di garantire l'esercizio imparziale delle funzioni amministrative e di rafforzare la separazione e la reciproca autonomia tra organi di indirizzo politico e organi amministrativi, le amministrazioni pubbliche (...) in occasione del monitoraggio posto in essere” al fine di prevenire gli abusi del lavoro flessibile nella P.A. “comunicano al Dipartimento della funzione pubblica, per il tramite degli organismi indipendenti di valutazione, tutti i dati utili a rilevare le posizioni dirigenziali attribuite a persone, anche esterne alle pubbliche amministrazioni, individuate discrezionalmente dall'organo di indirizzo politico senza procedure pubbliche di selezione.”. Infine il comma 40 “I titoli e i curricula riferiti ai soggetti di cui al comma 39 si intendono parte integrante dei dati comunicati al Dipartimento della funzione pubblica.”

³⁶⁵ Vid. S. USAI, *ob. cit.*, pág. 33.

“Fino a quando non sia effettuata l’assegnazione di cui al comma 1, è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto alla unità organizzativa determinata a norma del comma 1 dell’articolo 4.”

De una primera lectura del artículo parece que la La ley 241/1990 no dispone como obligatoria la individualización del responsable del procedimiento por parte del jefe o responsable de servicio en cuanto su presencia sería garantizada en todo caso por el artículo 5 apartado 2 que dispone que hasta que no se efectúe la designación del responsable del procedimiento sus tareas son desarrolladas por el sujeto que dirige la misma unidad administrativa (o sea, el jefe o el responsable del servicio).

Esta solución está dirigida, en primer lugar, a evitar un vacío en la titularidad de la acción administrativa³⁶⁶ y, en segundo lugar, a impedir que la falta de designación del responsable del procedimiento pueda producir el vicio de invalidez del acto conclusivo del procedimiento. En efecto, como prescribe la norma la falta de designación del responsable del procedimiento administrativo no es en todo caso idónea para invalidar la el acto final del procedimiento mismo, dado que, la norma del artículo 5 del L. n. 241 del 1990, en ausencia de expresa designación, la responsabilidad del procedimiento es atribuida, *ex lege*, al funcionario perteneciente a la unidad organizativa competente de dictar la resolución que pone fin al procedimiento.³⁶⁷ Pero conviene precisar que aunque la falta de designación no constituya un vicio del acto, sí que puede constituir una falta del dirigente sancionable sobre el plan disciplinario. La Circular de la Presidencia del Consejo del 9 enero de 2014 expresamente declara que “Nell’ambito di ciascuna unità organizzativa, il dirigente ha poi l’obbligo di individuare il responsabile del procedimento, ossia il soggetto responsabile del corretto e sollecito svolgimento del procedimento e, se competente, dell’adozione del provvedimento finale.”

³⁶⁶ Como subraya el Tribunal de Cuentas sección jurisdiccional Toscana, sentencia 2 de julio de 2009, n. 415 “è tale l’importanza annessa al superamento dei limiti di tutela e dei disguidi derivanti dalla impersonalità degli uffici, che è la stessa legge sul procedimento ad individuare in prima battuta il responsabile del procedimento nel funzionario preposto alla unità organizzativa (art. 5 comma 2), di modo che - pur in mancanza della sempre possibile designazione di altro dipendente - non viene a determinarsi alcun vuoto nella titolarità dell’azione amministrativa”

³⁶⁷ Sentencias: Consejo de Estado, sección VI, 14 de abril de 1999, n. 433; T.A.R. Lazio (Roma), sección III, 10 de julio de 2002, n. 6245.

A nivel práctico en los entes de grandes dimensiones (Ministerios, Regiones, Ayuntamientos de grandes dimensiones, etc...) lo que sucede es que el responsable del procedimiento coincide con el titular de la «Posizione Organizzativa» o bien con el titular de específicas responsabilidades, a los que hemos hecho referencia en las notas nn. 112 y 113 *supra*³⁶⁸.

Así ocurre en el Ayuntamiento de Florencia. En el artículo 26 de su Reglamento de organización³⁶⁹ se precisa que:

“Il Responsabile del procedimento amministrativo, individuato con atto formale del Dirigente, è, in relazione alle varie e diverse fasi d’attuazione dello stesso, il dipendente titolare della responsabilità di Servizio.”

Sea la atribución de la «Posizione Organizzativa», sea la atribución de las específicas responsabilidades, se efectúa inmediatamente por la jefatura de la unidad organizativa después de que se ha predeterminado la unidad administrativa. De este modo, en estos entes la designación del responsable del procedimiento se efectúa preventivamente a la presentación de las instancias por parte de los interesados.

En cambio, en los entes de pequeña y mediana dimensión la escasez de recursos económicos y humanos favorece la designación del responsable del procedimiento sólo cuando se presenta la solicitud. Este modo de proceder en algunos casos puede causar una cierta desorganización y por lo tanto también dar lugar a abusos.

El nombre del responsable del procedimiento tiene siempre que ser comunicado a los interesados. En el supuesto de que la jefatura no haya efectuado la designación del responsable del procedimiento entonces se entiende que es él o ella el o la responsable y deberá comunicar al interesado su propio nombre.

En el caso de que no se comunique al interesado el responsable del procedimiento, esto por sí sólo no da lugar al vicio de legitimidad, por lo que se considera como una mera irregularidad no

³⁶⁸ Aunque según la ley 241/1990 la asignación del procedimiento al responsable no determina ni atribuciones de tareas adicionales ni el derecho a la concesión de dietas específicas, ya que se trata de una simple distribución de las tareas laborales asignadas a la unidad administrativa por parte de la jefatura.

³⁶⁹ Regolamento sull’ordinamento degli uffici e dei servizi.

invalidante³⁷⁰. En todo caso es posible exigir una indemnización del daño cuando se demuestre un perjuicio concreto³⁷¹.

El responsable del procedimiento designado desarrolla su trabajo en el ámbito de la actividad instructora, que es una actividad intermedia a aquella decisoria³⁷². En tal ámbito él dispone de autonomía y de todos los medios necesarios para proceder a la comprobación de los hechos. Además la relación con el interesado es amplia y global.

La relación entre el responsable del procedimiento y la jefatura obviamente está condicionada por su carácter jerárquica, aunque presenta aspectos completamente nuevos con respecto a las tradicionales relaciones jerárquicas existentes dentro de la Administración pública. En efecto, en el caso del responsable del procedimiento tal jerarquía resulta atenuada ya que una vez que es designado goza de una vasta autonomía operativa sobre el plano técnico y discrecional³⁷³. En efecto, si la jefatura tiene la competencia para designar el responsable del procedimiento entre los propios colaboradores, una vez designado, al titular del procedimiento le corresponde la gestión de las actividades procedimentales y, por tanto, es responsable del plan administrativo-contable, disciplinario, civil y penal, por eventuales incumplimientos que hayan causado específicos daños consiguientes a retrasos en el curso del desarrollo del procedimiento administrativo³⁷⁴.

Conviene precisar que la individualización por parte de la jefatura o del responsable del servicio del responsable del procedimiento no los libera de eventuales responsabilidades. En

³⁷⁰ T.A.R. Campania (Napoli), sentencia 13 de enero de 2012 n. 142; T.A.R. Lazio (Roma), sección II, sentencia 6 de mayo de 2013, n. 4461.

³⁷¹ T.A.R. Lazio (Roma), sección II, sentencia 6 de mayo de 2013, n. 4461.

³⁷² En efecto, se trata de una actividad caracterizada por un conjunto de actos por medio de los cuales se aportan al órgano decisorio los elementos de juicio necesarios para que se dicte resolución. Se trata de sondeos, encuestas, alegaciones, documentos u otros elementos de juicio, que el responsable del procedimiento tendrá que comprobar y averiguar con vistas a la resolución final.

³⁷³ Vid. G. CHIANTERA, *La particolarità del rapporto tra il responsabile del procedimento e il dirigente dell'unità organizzativa*, en www.LexItalia.it, 7-8/2004; R.GALLI – D. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2001, pág. 618.

³⁷⁴ Vid. M. DE PAOLIS, *Le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, Milano, 2013, págs. 346-347

realidad a ellos se reconduce una posible responsabilidad *in vigilando*³⁷⁵ sobre la actividad desarrollada por el responsable del procedimiento, y también *in eligendo*. Esta última responsabilidad hace referencia a la eventual inadecuación del sujeto designado. La ley 241/1990, en efecto – y al contrario de lo previsto en el Código de contratos públicos³⁷⁶ - no exige unos requisitos específicos para poder desempeñar el papel de responsable del procedimiento. En este sentido la elección le corresponde exclusivamente a la jefatura de la unidad o al responsable del servicio.

El Ayuntamiento de Florencia, ante el silencio de la ley a través del reglamento de actuación de la L. 241/1990³⁷⁷ - artículo 7 apartado 2 - ha indicado qué requisitos tiene que poseer el sujeto encargado de instruir el procedimiento:

“Il direttore o il dirigente cui fa capo l’unità organizzativa responsabile individua, di norma, (...) il responsabile del procedimento tra i dipendenti appartenenti alla medesima unità organizzativa, con qualifica funzionale, di norma, non inferiore alla settima. Eccezionalmente può essere individuato un responsabile del procedimento con qualifica funzionale inferiore alla settima previo parere del Direttore Generale.”

Los empleados con calificación funcional no inferior a la séptima son funcionarios, es decir, sujetos en posesión de un título de estudios no inferior a una licenciatura.

³⁷⁵ Es la responsabilidad *in vigilando* de la jefatura la que legitima este sujeto a dictar órdenes, directrices y, eventualmente, intervenir de manera directa en el curso del desarrollo del procedimiento. En efecto aunque el responsable del procedimiento goce de una amplia autonomía respecto a la jefatura de la unidad, esto no significa que el dicha jefatura no mantenga un poder de control sobre la conducta del responsable del procedimiento. Tal poder de control puede llegar hasta la revocación del nombramiento cuando sea necesario para evitar la responsabilidad *in vigilando*. Pues, la jefatura que averigüe eventuales errores, imperfecciones o disfunciones en la actividad desarrollada por el funcionario designado responsable del procedimiento, puede intervenir para corregir tales errores, imperfecciones o disfunciones.

³⁷⁶ El artículo 8, apartados 5, 6 e 7 del Decreto legislativo 12 de abril 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, *de ahora en adelante D. Lgs. 163/2006*) precisa que “Il responsabile del procedimento deve possedere titolo di studio e competenza adeguati in relazione ai compiti per cui è nominato. Per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura deve essere un tecnico. Per le amministrazioni aggiudicatrici deve essere un dipendente di ruolo. In caso di accertata carenza di dipendenti di ruolo in possesso di professionalità adeguate, le amministrazioni aggiudicatrici nominano il responsabile del procedimento tra i propri dipendenti in servizio. (...) Il regolamento determina i requisiti di professionalità richiesti al responsabile del procedimento (...). Nel caso in cui l'organico delle amministrazioni aggiudicatrici presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti propri del responsabile del procedimento, secondo quanto attestato dal dirigente competente, i compiti di supporto all'attività del responsabile del procedimento possono essere affidati, con le procedure previste dal presente codice per l'affidamento di incarichi di servizi, ai soggetti aventi le specifiche competenze di carattere tecnico, economico finanziario, amministrativo, organizzativo, e legale, che abbiano stipulato adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali.”

³⁷⁷ Regolamento in materia di termine e di responsabile del Procedimento amministrativo.

En fin, el artículo 12 apartado 2 del reglamento citado precisa que:

“Spetta al Direttore Generale” y no al dirigente “fornire indicazioni sui criteri di scelta del responsabile del procedimento.”

Ante la ausencia de una previsión legal expresa en la L. 241/1990 acerca el *modus* de designación del responsable del procedimiento por parte de la jefatura, esta puede ser efectuada, o mediante una orden muy concreta (que, aunque formalizada se asemeja en su sencillez a lo que ocurre en el ámbito de un ente privado), o bien en el caso de procedimientos complejos, (en donde, por ejemplo, intervienen varias Administraciones públicas) mediante un acto administrativo mucho más formal.

El artículo 26 apartado 1 de Reglamento de organización del Ayuntamiento de Florencia establece que la designación del responsable del procedimiento tiene que plasmarse en un acto formal.

La asignación del procedimiento no puede ser rechazada por parte del sujeto designado excepto cuando existan razones objetivas y justificadas.

3.2.1 Funciones del responsable del procedimiento administrativo.

➤ 3.2.1.1 Funciones del responsable del procedimiento administrativo enumeradas en artículo 6

Las tareas del responsable del procedimiento son indicadas en primer lugar por el artículo 6 L. 241/1990:

“1. Il responsabile del procedimento:

- a) valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l’emanazione di provvedimento;
- b) accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all’uopo necessari, e adotta ogni misura per l’adeguato e sollecito svolgimento dell’istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali;
- c) propone l’indizione o, avendone la competenza, indice le conferenze di servizi di cui all’articolo 14;

- d) cura le comunicazioni, le pubblicazioni e le notificazioni previste dalle leggi e dai regolamenti;
- e) adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale.”

Esta lista no es exhaustiva, ya que otras tareas del responsable del procedimiento han sido precisadas no sólo por otros artículos de la ley, sino también en nuevas leyes que han ampliado considerablemente las tareas del responsable del procedimiento.

Entre las funciones del responsable del procedimiento figura la de tener informado al interesado de la tramitación del procedimiento. Es una tarea que no se cita expresamente en la L. 241/1990 pero que se cree intrínseca a la institución de esta figura. El Ayuntamiento de Florencia ha creído oportuno prever expresamente tal tarea en el artículo 9 apartado 6 del reglamento citado:

“E’ compito del responsabile del procedimento tenere informato l’interessato dell’iter del procedimento.”

Lo que conviene subrayar en esta sede es que todos los poderes y deberes atribuidos por el legislador al responsable del procedimiento sólo se ejercitan en relación a la instrucción del procedimiento, excluyendo que puedan afectar a la Administración pública de cara al exterior, con la salvedad de la posibilidad prevista en el artículo 6 apartado 1 letra e) de que se atribuye también al responsable del procedimiento el poder de dictar la resolución final. En efecto, la designación del responsable del procedimiento no implica la atribución de unos poderes de gestión más propios de las jefaturas o de los responsables del servicio.

En la práctica se ha planteado la cuestión de si la jefatura o el responsable del servicio cuando designan el responsable del procedimiento también puedan ampliar sus tareas. A parecer de la autora, se puede afirmar tranquilamente que ya que las tareas enumeradas en el artículo 6 no son exhaustivas, siempre es posible ampliarlas a condición de que se quede dentro de la actividad instructora y no se invada el campo de la actividad de gestión que corresponde por ley a la jefatura o al responsable del servicio.

Dicha interpretación encuentra sustento en el artículo 107 apartado 2 T.U.E.L. el cual precisa que: “Spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale”.

El apartado 4 añade:

“Le attribuzioni dei dirigenti, (...) possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative.”.

Y en efecto como veremos *amplius* es el caso del artículo 6 apartado 1 letra e) que le permite al responsable del procedimiento adoptar la resolución final cuando tenga competencia para ello, o sea cuando la jefatura de la unidad o el responsable del servicio la hayan delegado. Sobre este aspecto la doctrina ha subrayado que en el momento en que la jefatura de la unidad o el responsable del servicio “decide di far condurre la procedura amministrativa ad un altro soggetto, come consentito dalle norme della 241/1990, non sta *trasferendo* potere né, tanto meno si può parlare di deroga. Alla base dell’attribuzione insiste molto più semplicemente e banalmente una organizzazione e distribuzione di compiti ed adempimenti. La responsabilità esterna (e le conseguenze dell’effetto della procedura) comunque rimane in capo al responsabile del servizio”³⁷⁸ o dirigente. El fundamento de esta postura se encuentra reflejada en el texto del artículo 107 apartado 6 T.U.E.L. cuando precisa que:

“I dirigenti sono direttamente responsabili, in via esclusiva, in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa, della efficienza e dei risultati della gestione.”,

o sea los dirigentes o responsables de servicio siempre quedan responsables del obrado responsable del procedimiento en cuánto la responsabilidad en *vigilando* siempre queda a ellos, excepto el caso en que también le hayan delegado al responsable del procedimiento la emanación de la resolución final.

Y en el artículo 16 apartado 1 letra e) D. Lgs. 165/2001:

³⁷⁸ S. USAI, *ob. cit.*, pág. 73.

“I dirigenti (...) dirigono, coordinano e controllano l'attività (...) dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con potere sostitutivo in caso di inerzia (...).”

De conformidad con estas disposiciones el artículo 12 apartado 1 del reglamento de organización del Ayuntamiento de Florencia en materia de procedimiento administrativo establece cuales son las tareas de la jefatura en orden al procedimiento administrativo:

“Il direttore o il dirigente cui fa capo l'unità organizzativa responsabile:

- a) coordina e controlla l'attività dei responsabili dei procedimenti;
- b) ha compiti di impulso e di verifica del rispetto dei termini;
- c) adotta ogni accorgimento teso alla semplificazione dei procedimenti;
- d) in presenza di temporanee e specifiche esigenze può assegnare con atto scritto e motivato determinati procedimenti ad unità organizzative diverse da quelle indicate nelle schede allegate al presente regolamento;
- e) può esercitare, nel caso di mancato rispetto del termine, il potere sostitutivo, secondo le modalità e con gli effetti di cui all'art. 3 ter del D.L. n. 163/95, convertito con modificazioni nella L. n. 273/95, in quanto applicabile, o assegnare il procedimento ad altro responsabile al fine di emanare l'atto entro 30 gg., salvo quanto previsto dal successivo art. 14 comma 3.”

El instituto del responsable del procedimiento tiene dos importantes finalidades estrechamente unidas entre sí: la gestión unitaria de los procedimientos administrativos, con el que se garantiza una mejor función de la máquina burocrática, ya que el responsable permite prevenir fenómenos de inercia causados por una detallada división de competencias entre secciones pertenecientes a la misma unidad administrativa³⁷⁹; y una relación más transparente y participativa con los ciudadanos que pueden dialogar con un único referente³⁸⁰.

La circunstancia de que exista una persona física bien visualizada por los ciudadanos que tienen la condición de interesados en el procedimiento como la persona con la que pueden entablar

³⁷⁹ Vid. G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, en L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, IV, ed. Modena, 2005, pág. 607; E. CASETTA, *ob. cit.*, 2013, pág. 494

³⁸⁰ Vid. M.A. SANDULLI – L. MUSSELLI, *artt. 4, 5 e 6*, en V. ITALIA (a cura de), *L'azione amministrativa. Commentario alla L. 7 agosto 1990, n. 241, modificata dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35*, Milano, 2005, págs. 192-224; G. ROSSI, *Diritto amministrativo. Principi*, vol. I, Milano, 2005, pág. 348; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, III, Bologna, 2005, págs. 135, 301-309; V. CERULLI IRELLI, *Principi del diritto amministrativo*, II, Torino, 2005, págs. 83 y ss.; B.G. MATTARELLA, *Il procedimento*, en *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2004, págs. 220-221; A. SANDULLI, *Il procedimento*, en S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, II, tomo II, Milano, 2003, págs. 1107 y ss.; S. LARICCIA, *Diritto amministrativo*, Padova, 2000, págs. 428 y ss; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Milano, 2000, págs. 40, 49-50.

un diálogo y relación personalizada, ha permitido superar, de una parte, tanto el tradicional obstáculo consistente en ver a la Administración pública como un ente impersonal como las dificultades a la hora de determinar la responsabilidad de los funcionarios públicos, asegurando una plena transparencia de la acción desarrollada por la Administración pública a favor de los ciudadanos. De otra parte, ha introducido un eficaz instituto de simplificación en el desarrollo de la actividad administrativa.

La legislación especial en unos casos puede prever que parte de la actividad instructora pueda ser también desarrollada por sujetos extraños a la Administración pública. Es el caso del artículo 3 apartado 2 Decreto legislativo 31 de marzo de 1998 n. 123, que prevé que la instrucción del procedimiento para el otorgamiento de contribuciones, subvenciones e incentivos de cualquier género por parte de la Administración público para favorecer el desarrollo de actividades productivas, “tenuto conto della complessità degli adempimenti di natura tecnica o gestionale” pueda ser desarrollada por una sociedad o ente privados “in possesso dei necessari requisiti tecnici, organizzativi e di terzietà selezionati tramite procedure di gara”

En el tema de los poderes de instrucción el artículo 6 apartado 1 letra *b*) L. 241/1990 precisa que es el responsable del procedimiento el que tiene el poder de realizar todos los “actos necesarios” y adoptar “todas las medidas para la buena marcha y desempeño de la instrucción”³⁸¹. Esta norma pone de manifiesto la regla del principio inquisitorio que debe regir la instrucción. El principio inquisitorio se traduce en la obligación de la autoridad decisoria de adquirir, en el procedimiento, el máximo número de datos relevantes para un pleno conocimiento del asunto en

³⁸¹ “accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all’uopo necessari, e adotta ogni misura per l’adeguato e sollecito svolgimento dell’istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali”. Y el inciso 3 artículo 18 añade que El responsable del procedimiento verifica de oficio “i fatti, gli stati e le qualità che la stessa amministrazione procedente o altra pubblica amministrazione è tenuta a certificare.”

Una norma similar existe en ordenamiento español, es decir el artículo 78 apartado 1 LRJPAC que establece: “Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos.”

función de la decisión final. El ejercicio del poder inquisitorio resulta, por tanto, caracterizado por las reglas de la iniciativa de oficio, de la informalidad y de la amplia discrecionalidad. Ello con el objetivo de poder realizar una representación exhaustiva de las situaciones y de los intereses existentes. Obviamente, el deber de realizar una instrucción adecuada y exhaustiva encuentra el límite, antes recordado, de la no agravación de la instrucción - expresamente establecido en el artículo 1 apartado 2 L. 241/90 - si no es por extraordinarias y motivadas exigencias. Por ello, se deben excluir comprobaciones y trámites inútiles e, incluso, sólo superfluos:

“La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell’istruttoria”.

Para desarrollar sus tareas el responsable del procedimiento puede contar con una serie de instrumentos (solicitud de exhibición de documentos que no están en posesión de la Administración pública; adquisición directa de documentos e informaciones en posesión de la Administración pública; comprobación y regularidad de las declaraciones sustitutivas a que se refieren los artículos 46 y a 47 D.p.r. 445/2000, investigación administrativa, inspecciones, pericias, nombramiento de consultores técnicos, orden de exhibición de los documentos, etc.). El empleo de algunos de estos instrumentos está previsto obligatoriamente por la ley. En cambio el empleo de otros, es a discreción del responsable del procedimiento cuando lo crea necesario para tener un conocimiento completo de los hechos relevantes de cara a poder dictar en mejores condiciones la resolución final³⁸².

Hay que precisar además que la exigencia de pleno conocimiento excluye que el responsable del procedimiento pueda gozar de una libertad ilimitada en el empleo de los instrumentos de

³⁸² Igualmente el artículo 80 LRJPAC precisa que “1. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho.

2. Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.

3. El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.”

instrucción. Cuando los poderes de instrucción inciden en la libertad de terceros su ejercicio tiene que estar previsto expresamente por la ley³⁸³.

En cambio los poderes que no inciden en la esfera subjetiva de la vida privada son connaturales al poder dispositivo del responsable del procedimiento y por tanto pueden ser utilizados libremente para adquirir el conocimiento de los hechos.

Por tanto, el único límite que encuentra el responsable del procedimiento en el empleo de tales medios es, además del principio de no agravación como hemos recordado, la posibilidad de que su actuación vaya a incidir más o menos en la libertad personal de los terceros (en este caso para su utilización se precisa una norma legal).

El artículo 6 apartado 1 letra *d*) subraya que el responsable del procedimiento “cura le comunicazioni, le pubblicazioni e le notificazioni previste dalle leggi e dai regolamenti.”

Se trata de los actos de conclusión del procedimiento cuya comunicación a los interesados y publicación el legislador la pone a cargo del responsable del procedimiento³⁸⁴. La omisión de la

³⁸³ A título ejemplificativo, por ejemplo, el artículo 13 apartado 1 L. 689/1981 en materia de sanciones administrativas permite que “gli organi addetti al controllo sull’osservanza delle disposizioni per la cui violazione è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro possono, per l’accertamento delle violazioni di rispettiva competenza, assumere informazioni e procedere a ispezioni di cose e di luoghi diversi dalla privata dimora, a rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici (...)”; o bien el artículo 2-bis decreto ley 496/1993 convertido en la ley 61/1994 reconoce al personal ispettivo de la agencia por la protección ambiental la posibilidad de “accedere agli impianti e alle sedi di attività e richiedere i dati, le informazioni e i documenti necessari per l’espletamento delle proprie funzioni”.

³⁸⁴ A título ejemplificativo podemos citar el artículo 21-bis L. 241/1990 que precisa “Il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal codice di procedura civile. Qualora per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l’amministrazione provvede mediante forme di pubblicità idonee di volta in volta stabilite dall’amministrazione medesima.”

El artículo 15 D. lgs. 33/2013, que regula la eficacia del acto, prevé la obligación por parte del responsable del procedimiento de publicar el acto administrativo por el que la Administración pública otorgó un encargo de dirección o una colaboración a personas externas a la Administración: “La pubblicazione degli estremi degli atti di conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti estranei alla pubblica amministrazione, di collaborazione o di consulenza a soggetti esterni a qualsiasi titolo per i quali è previsto un compenso, completi di indicazione dei soggetti percettori, della ragione dell’incarico e dell’ammontare erogato (...) sono condizioni per l’acquisizione dell’efficacia dell’atto e per la liquidazione dei relativi compensi.” El inciso 3 añade que “In caso di omessa pubblicazione di quanto previsto al comma 2, il pagamento corrispettivo determina la responsabilità del dirigente che l’ha disposto, accertata all’esito del procedimento disciplinare, e comporta il pagamento di una sanzione pari alla somma corrisposta, fatto salvo il risarcimento del danno del destinatario ove ricorrano le condizioni cui all’art. 30 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.”

En fin, el artículo 26 apartados 2 y 3 D. Lgs. 33/2013 establece que “2- Le pubbliche amministrazioni pubblicano gli atti di concessione delle sovvenzioni, contributo, sussidi ed ausili finanziari alle imprese, e comunque di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati ai sensi del citato art. 12 della legge n. 241 del 1990,

publicación por parte del responsable del procedimiento tiene consecuencias sobre el plano civil y disciplinario.

El artículo 6 apartado 1 letra *e*) no prevé la necesaria coincidencia entre el responsable del procedimiento y la persona física competente para emanar el acto final.

La competencia para dictar el acto final nos permite plantear la cuestión de sobre qué sujeto en concreto puede recaer una eventual responsabilidad derivada del acto que se ha dictado.

En principio se excluye la responsabilidad respecto al responsable del procedimiento en el caso en que él no sea el encargado de la competencia de dictar el acto final, puesto que, aunque haya influido de un modo relevante en la decisión final, sin embargo en el momento en que la jefatura comparte las conclusiones de la instrucción efectuadas por el responsable del procedimiento, él asume la total responsabilidad en orden a la resolución emanada. De otra parte, en el caso de que los resultados de la instrucción no convenzan a la jefatura, siempre puede ordenar al responsable del procedimiento repetir la instrucción o bien, como sugiere el art. 6 apartado 1 letra *e*), desmarcarse de los resultados de la instrucción e indicar en la resolución final los motivos por los que quiere alejarse de la misma.

El problema de la responsabilidad técnica del responsable del procedimiento se plantea cuando es el que tiene también la competencia para dictar la resolución final.

El legislador italiano siempre ha previsto en todo caso una responsabilidad residual respecto a las jefaturas de las unidades. En efecto por los artículos 107 apartado 6 T.U.E.L. y 16 apartado 1 letra *e*) D. Lgs. 165/2001 (véase textos *supra*) prevén que también cuando delegan la emanación de la resolución final al responsable del procedimiento siempre deben y en todo caso controlar la

di importo superiore a mille euro. 3. La pubblicazione ai sensi del presente articolo costituisce condizione legale di efficacia dei provvedimenti che dispongano concessioni e attribuzioni di importo complessivo superiore a mille euro nel corso dell'anno solare al medesimo beneficiario; la sua eventuale omissione o incompletezza è rilevata d'ufficio dagli organi dirigenziali, sotto la propria responsabilità amministrativa, patrimoniale e contabile per l'indebita concessione o attribuzione del beneficio economico. La mancata, incompleta o ritardata pubblicazione rilevata d'ufficio dagli organi di controllo è altresì rilevabile dal destinatario della prevista concessione o attribuzione e da chiunque abbia interesse, anche ai fini del risarcimento del danno da ritardo da parte dell'amministrazione.”

actividad del responsable del procedimiento. Por tanto, aunque el responsable del procedimiento tenga competencia para dictar la resolución final, en última instancia la responsabilidad técnica siempre va a reacer sobre el sujeto directivo³⁸⁵

De este coincido con Casetta cuando dice: “ancorché la legge parli di «responsabile del procedimento», deve essere ribadito soprattutto il ruolo di guida e di coordinamento in seno al procedimento rivestito da tale soggetto”³⁸⁶ escludendo che ad esso possa essere imputata in ogni caso la responsabilità tecnica del provvedimento finale”.

Una vez concluida la instrucción, el responsable del procedimiento tiene que comunicar el resultado a la jefatura para que pueda dictar la resolución final.

La L. 241/1990 no obliga al responsable del procedimiento a predisponer un tipo de propuesta formal de decisión. En la práctica lo que ocurre es que el responsable del procedimiento prepara una propuesta de resolución que tendrá que ser revisada por la jefatura. Esta última podrá firmar dicha propuesta, en cuyo caso esa propuesta deviene acto definitivo; o, como alternativa, en el caso de que quiera apartarse de dicha propuesta provisional redactada por el responsable del procedimiento deberá indicar sus motivaciones en la resolución final.

Desde el punto de vista temporal la relación entre ciudadanos y responsable del procedimiento inicia con la comunicación de inicio del procedimiento de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 apartado 1 (véase *amplius*).

➤ **3.2.1.2. Deber de abstención en caso de conflicto de intereses (artículo 6-bis)**

Con fundamento en los criterios de imparcialidad y transparencia, y para evitar también fenómenos de corrupción dentro de la Administración pública el apartado 1 del artículo 41 L. 190/2012 añade el siguiente artículo 6-bis en la L. 241/1990:

³⁸⁵ Vid. E. Casetta, *ob. cit.*, 2013 pág. 499.

³⁸⁶ *Ibid.* .

“Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale.”

Esta norma obliga a aquellos empleados públicos que se puedan encontrar en un conflicto de intereses real o potencial, a abstenerse del tomar parte en el procedimiento. La violación de tal obligación constituye una irregularidad que supone infringir la ley. A nivel práctico-operativo, y como medida preventiva, se sugiere que el jefe de la unidad, bien antes de nombrar el sujeto encargado de la tramitación, o bien una vez nombrado antes de que se inicie el procedimiento – pueda pedir una declaración en la cual el sujeto encargado del procedimiento reconozca que no tiene un conflicto de intereses³⁸⁷.

Un artículo analogo es contenido en la LRJPAC española, es decir el artículo 28 que añade :

“1. Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el número siguiente de este artículo se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.

2. Son motivos de abstención los siguientes:

- a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.
- b) Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.
- c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.
- d) Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.
- e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

3. La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.

4. Los órganos superiores podrán ordenar a las personas en quienes se dé alguna de las circunstancias señaladas que se abstengan de toda intervención en el expediente.

5. La no abstención en los casos en que proceda dará lugar a responsabilidad.”

³⁸⁷ “chi assegna la procedura se non ha consapevolezza dell’esistenza di eventuali conflitti tra il soggetto che intende nominare e l’utente interessato dovrebbe quantomeno cautelarsi, appunto chiedendo una dichiarazione esplicita da tenere agli atti ed eventualmente richiamare nel provvedimento conclusivo. La riflessione vale anche nel caso in cui il conflitto dovesse sorgere durante lo sviluppo/svolgimento del procedimento amministrativo. Il soggetto che verrebbe a trovarsi in siffatta situazione si troverà costretto a fare la segnalazione al dirigente/responsabile del servizio” (S. USAI, *ob. cit.*, pág.119).

Pero el legislador ibérico va más allá del legislador italiano. En efecto en el caso que « Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones» omitieran de abstenerse, el artículo 29 establece la posibilidad para los interesado de promover la recusación en frente al superior jerarquico:

“1. En los casos previstos en el artículo anterior podrá promoverse recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento.

2. La recusación se planteará por escrito en el que se expresará la causa o causas en que se funda.

3. En el día siguiente el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada. En el primer caso, el superior podrá acordar su sustitución acto seguido.

4. Si el recusado niega la causa de recusación, el superior resolverá en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones que considere oportunos.

5. Contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que termine el procedimiento.”

➤ **3.2.1.3 La obligación legal de resolver en plazo. Los efectos consiguientes a la inobservancia del término de conclusión del procedimiento. La indemnización de los daños de retraso y la indemnización de mero retraso. El funcionario anti-retraso**

Consciente de la «relevancia» del factor «tiempo» desde la perspectiva de la eficacia de la acción administrativa y desde aquella otra de la tutela de los derechos del ciudadano y de la certeza del Derecho, el legislador ha dedicado particular atención al tema de la «duración» del procedimiento. El legislador ha considerado que para la tutela de los derechos de los ciudadanos no es suficiente que el procedimiento se inicie y se desarrolle en modo correcto y transparente, sino que es además necesario, como hemos visto, que se concluya con una resolución expresa o incluso «tácita». Bajo este sentido podemos añadir que el particular tiene derecho no sólo a la conclusión del procedimiento, sino también a que el procedimiento se concluya en los tiempos previstos por la ley o por los reglamentos de la misma Administración.

Una vez que la instancia del interesado haya sido registrada por el funcionario con un sello de registro, con un número y la fecha de entrega³⁸⁸, la Administración pública tiene la obligación de

³⁸⁸ Hoy con la gestión informática de los documentos la registración («protocollazione») ocurre por programas informáticos que dan lugar al protocolo informático.

iniciar el procedimiento administrativo y de poner fin al mismo en los terminos establecidos por la ley. En el caso de que en la instancia hubiera errores o bien estuviera incompleta, la Administración pública, antes de rechazarla, tiene que proceder a la solicitud de rectificación (como establece el artículo 6 apartado 1 letra *b*), que introduce el principio de subsanación de los documentos de los interesados. Ver *amplius* parrafo 3.2.1.8).

El deber de concluir el procedimiento con un acto expreso ha sido expresamente establecido por el artículo 2 apartado 1 L. 241/1990:

“Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un’istanza, ovvero debba essere iniziato d’ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l’adozione di un provvedimento espresso. Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo.”.

El artículo 2 L. 241/1990, tiene que encuadrarse por un lado en el principio general de buen funcionamiento previsto sea en el artículo 97 de la Constitución italiana, sea en el artículo 41 de la Carta UE; de otro lado en la exigencia de no frustrar la legítimas expectativas de conocer el contenido y las razones de las motivaciones de la Administración³⁸⁹.

El deber de concluir el procedimiento configura una especie de obligación de la Administración pública respecto al interesado que ha presentado la instancia. En cambio cuando el procedimiento es iniciado de oficio tal obligación se configura respecto a todos los administrados. La Administración pública no solo debe concluir el procedimiento sino que tiene que hacerlo con una medida expresa. Por tanto tiene una obligación de cumplimiento tangible y verificable.

El deber de concluir el procedimiento con un acto constituye una expresión del principio transparencia. Según USAI “Senza provvedimento espresso non esiste adempimento o meglio non si può adempiere a questa peculiare obbligazione con un provvedimento implicito impedendo al privato istante ogni difesa e/o tutela. Circostanza quindi che concretizzerebbe non solo una plateale

³⁸⁹ Vid. M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995

violazione di legge ma un vero e proprio abuso od omissione di dovere d'ufficio.”³⁹⁰ Esta conclusión parece encontrar fundamento en la disposición introducida en el apartado 1 artículo 2 L. 241/1990, por la L. 190/2012 apartado 38 del artículo 1 que establece que si el responsable del procedimiento averigua:

“la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo”

Antes que el legislador, fue la jurisprudencia predominante del Consejo de Estado la que subrayó que el deber de resolver se afirma más allá que en los casos establecidos por la ley, y precisamente cuando razones de justicia y equidad imponen la adopción de una medida expresa. El Consejo de Estado argumentó que “Ormai da tempo, infatti, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, partendo dal principio generale della doverosità dell'azione amministrativa, ed integrandolo con regole di ragionevolezza e buona fede, tendono ad ampliare l'ambito delle situazioni in cui vi è l'obbligo di provvedere, al di là di quelle espressamente riconosciute dalla legge (...) Si tende, in tal modo, ad estendere le possibilità di protezione contro le inerzie della Amministrazione pur in assenza di una norma *ad hoc* che imponga un dovere di provvedere.” Pero el mismo Consejo de Estado tiene a precisar que “l'obbligo di provvedere, pur sussistendo in astratto, può risultare mancante in concreto” cuando “la domanda inoltrata dal privato sia manifestamente infondata o esorbitante dall'ambito delle pretese astrattamente riconducibili al rapporto amministrativo.”³⁹¹

Con todo, el Consejo de Estado sólo exoneró a la Administración pública de un pronunciamiento expreso cuando la instancia fuera «abiertamente infundada o exorbitante del ámbito de las pretensiones abstractamente atribuibles a la relación administrativa». Y eso para salvaguardar la economicidad y la eficiencia de la Administración pública. En cambio el legislador, con la modificación al artículo 2 apartado 1 L. 241/1990 (reformado por el artículo 1 apartado 38 L.

³⁹⁰ S. USAI, *ob. cit.*, págs. 26 e 27.

³⁹¹ Consejo de Estado, sentencia, sección VI, n. 2318/2007.

190/2012) ha dado más importancia a la certeza en las relaciones jurídicas entre la Administración y los ciudadanos, así como al derecho de defensa. Por ello ha previsto que también en caso de solicitudes abiertamente infundadas o exorbitantes del ámbito de las pretensiones abstractamente atribuibles a la relación administrativa, se tenga que pronunciar expresamente dando explicaciones en la motivación:

“Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un’istanza, ovvero debba essere iniziato d’ufficio, le pubbliche hanno il dovere di concluderlo mediante l’adozione di un provvedimento espresso. Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un *provvedimento espresso redatto in forma semplificata*, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo.”

Debe observarse que la posibilidad introducida por el legislador de concluir el procedimiento con una resolución expresa redactada en forma simplificada (aunque limitada a los solos casos en que el responsable del procedimiento reconoce la manifiesta irricevibilità, inadmisibilidad, improcedibilidad o falta de fundamento de la instancia), aunque es verdad que por un lado tiende a reforzar la posición del interesado y el derecho a tener en todo caso una respuesta de la Administración³⁹², no es menos cierto que por otro lado podría ampliar las pretensiones de indemnización de los ciudadanos.

En este tema cabe preguntarse si también la emanación de la resolución expresa redactada en forma simplificada obliga al responsable a la comunicación de inicio del procedimiento (artículo 7 L. 241/1990) y al preaviso de rechazo (artículo 10-*bis*, L. 241/1990).

Al ser muy reciente la reforma de la disposición 2 L. 241/1990 todavía en la jurisprudencia no se encuentran pronunciamientos.

La doctrina cree que, si, por un lado, el legislador con este tipo de medida ha querido salvaguardar el derecho a la defensa y la certeza de las relaciones del ciudadano con la Administración, sin embargo, por otro lado, siendo «evidentes» los motivos de improcedibilidad *ictu oculi* no parece necesario ni la comunicación de inicio del procedimiento ni el preaviso de

³⁹² Vid. E. CASSETTA, *ob. cit.*, 2013, pág. 485.

rechazo, puesto que cada actividad instructoria en principio útil para hacer avanzar la instancia al final acabaría produciendo el efecto contrario³⁹³.

Conviene precisar que cuando la ley establece el silencio positivo o negativo, en teoría la Administración pública podría permanecer inactiva sin incurrir en ninguna responsabilidad y siempre que no se trate de procedimientos referidos a:

“il patrimonio culturale e paesaggistico, l’ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l’immigrazione, l’asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità, i casi in cui la normativa comunitaria impone l’adozione di provvedimenti amministrativi formali, i casi in cui la legge qualifica il silenzio dell’amministrazione come rigetto dell’istanza, nonché gli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti.” (artículo 20 inciso 4 L. 241/1990).

La Corte Constitucional en la sentencia 10-17 de julio de 2002 n. 355 sostuvo que la Administración, en caso de no dictar resolución en el término previsto, no pierde su poder para actuar³⁹⁴. Sin embargo el retraso puede dar lugar a responsabilidad civil³⁹⁵ (cd. daño de retraso)³⁹⁶.

En línea con este pronunciamiento el legislador en el artículo 7 apartado 1 ley 18 de junio de 2009 n. 69 ha introducido el artículo 2-*bis* apartado 1 en la L. 241/1990 que expresamente preve el **daño por retraso**³⁹⁷:

³⁹³ Vid. S. USAI, *ob. cit.*, págs. 44-45.

³⁹⁴ En el mismo sentido el Consejo de Estado en sus sentencias nn. 8371/2010 y 2964/2014 ha dispuesto lo siguiente: “in giurisprudenza è stato chiarito che il mancato rispetto del termine di trenta giorni previsto dal comma 3 dell’art. 2 della legge n. 241/1990 per la conclusione dei procedimenti non è idoneo a determinare l’illegittimità del provvedimento «trattandosi di termine acceleratorio per la definizione del procedimento ed atteso che la legge non contiene alcuna prescrizione circa la sua eventuale perentorietà né circa la decadenza della potestà amministrativa, né circa l’illegittimità del provvedimento adottato”.

“Per orientamento consolidato in materia, in linea generale, il termine previsto dall’art. 2 della legge n. 241/1990 per l’adozione di provvedimenti amministrativi «ha natura ordinatoria e non perentoria, e pertanto l’inosservanza da parte dell’amministrazione non esaurisce il potere di provvedere né determina di per sé l’illegittimità dell’atto adottato fuori termine»” (Sección IV, 10 de junio de 2014, n. 2964).

³⁹⁵ “La mancata osservanza del termine a provvedere non comporta la decadenza dal potere, ma vale a connotare in termini di illegittimità il comportamento della pubblica amministrazione, nei confronti del quale i soggetti interessati alla conclusione del procedimento possono insorgere utilizzando, per la tutela della propria situazione soggettiva, tutti i rimedi che l’ordinamento appresta in via generale in simili ipotesi (dal risarcimento del danno all’esecuzione del giudicato che abbia accertato l’inadempimento della pubblica amministrazione).” Sentencia Corte Constitucional de 10-17 de julio de 2002, n. 355.

³⁹⁶ Danno da ritardo

³⁹⁷ El Consejo de Estado sección V en la sentencia 28 de febrero de 2011 n. 1271 ha subrayado: “La norma presuppone che anche il tempo è un bene della vita per il cittadino e la giurisprudenza ha riconosciuto che il ritardo nella

“Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all’articolo 1, comma 1-ter³⁹⁸, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”.

Posteriormente el artículo 28 apartado 9 Ley 9 de agosto de 2013 n. 98 ha añadido el apartado 1-*bis* en el artículo 2-*bis* de la L. 241/1990 estableciendo otra forma de indemnización: el instituto de la **indemnización para mero retraso**³⁹⁹:

“Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunciarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento.”

De este modo, la inobservancia del término de conclusión procedimental comporta:

- i) en vía general, la indemnización del daño injusto (**daño por retraso**). En este caso el derecho a la indemnización no surge automáticamente por el solo hecho de la inobservancia del término. El interesado tiene que probar: el daño efectivo, el nexo de causalidad entre retraso y daño, la conducta culposa o dolosa de la Administración. La competencia a liquidar el daño es del juez administrativo.
- ii) En cambio la **indemnización por mero retraso** surge simplemente por el solo hecho de la superación del plazo por parte del funcionario anti-retraso (véase *infra*). La competencia a liquidar la indemnización por mero retraso es del mismo funcionario anti-

conclusione di un qualunque procedimento, è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell’attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica (Cons. Giust. Amm. reg. Sic., 4 novembre 2010 n. 1368, che, traendo argomenti dal citato art. 2-bis, ha aggiunto che il danno sussisterebbe anche se il procedimento autorizzatorio non si fosse ancora concluso e finanche se l’esito fosse stato in ipotesi negativo).

La Circular («Direttiva») 9 de enero de 2014 de la presidencia del Consejo de los Ministros aclara que el legislador italiano con la introducción de la figura del daño por retraso en el ámbito del procedimiento administrativo “aveva fatto proprie quelle conclusioni cui era pervenuto quell’orientamento giurisprudenziale (per tutti si veda l’Adunanza plenaria n. 7/2005), diretto riconoscere le responsabilità dell’Amministrazione per i danni causati dalla mancata e tempestiva adozione del provvedimento amministrativo. Si era ammesso che la violazione di un termine di conclusione del procedimento fosse suscettibile di cagionare una tardiva attribuzione del «bene della vita» richiesto dal privato, circostanza quest’ultima che, di per sé, era stata ritenuta astrattamente idonea a determinare una lesione di un interesse legittimo pretensivo, cagionato dal ritardo con cui la p.a. avesse eventualmente emanato il provvedimento finale.”

³⁹⁸Sujetos privados que ejercen actividades administrativas. .

³⁹⁹ Como especifica el apartado 10 del artículo 28 L. 98/2013 la previsión de la indemnización por mero retraso no es aplicable para todos los procedimientos administrativos, sino de modo experimental sólo para aquellos relativos al inicio y al ejercicio actividad de empresa.

retraso. Dicha norma entiende sancionar la violación de la obligación de dictar el acto dentro del plazo previsto por la ley o por un reglamento. Como aclara la Circular 9 de enero de 2014 de la Presidencia del Consejo de Ministros “L’indennizzo (...) è corrisposto esclusivamente quando il provvedimento amministrativo non venga adottato nel termine assegnato al titolare del potere sostitutivo: termine pari alla metà di quello stabilito per la conclusione del procedimento iniziale, ai sensi dell’art. 2, commi 2, 3, e 4 della legge n. 241 del 1990). (...) L’indennizzo da ritardo costituisce una disposizione applicabile in tutte quelle fattispecie in cui il procedimento, ad istanza di parte, debba concludersi entro un determinato periodo di tempo, e ciò a prescindere dalla natura giuridica del termine apposto, e, quindi dalla circostanza che il termine abbia un carattere perentorio (e determini il venir meno del potere dell’Amministrazione di pronunciarsi) o ordinario (persistendo il relativo potere).” En fin la indemnización por mero retraso “prescinde dalla dimostrazione dell’esistenza di un danno” y por lo tanto el mismo debe ser otorgado también en los presupuestos “in cui la mancata emanazione del provvedimento sia riconducibile ad un comportamento «scusabile», e astrattamente «lecito», dell’Amministrazione. A tal fine dovranno essere ricompresi nell’ambito di applicazione della norma in esame anche quelle ipotesi in cui la violazione del termine sia da ricondurre ad un caso fortuito o a un’ipotesi di forza maggiore, secondo quei principi sul punto delineati dal Codice Civile. (...) La nozione di indennizzo è, pertanto conseguente ad una valutazione di «equità» posta in essere dal Legislatore, contemperando l’esigenza di sanzionare comportamenti inerti dell’Amministrazione (a prescindere o meno dalla «scusabilità» degli stessi), prevedendo comunque una forma di «ristoro» per il «disagio» sopportato dal privato a seguito dell’avvenuta violazione di precisi termini di legge.”. Es conveniente precisar que los efectos de esta disposición se aplican solamente a los procedimiento relativos al inicio y al ejercicio de actividad de

empresa. En fin quedan excluidos de la aplicación de la norma las hipótesis de silencio estimatorio (positivo) y desestimatorio (negativo), y de oposición pública.

La indemnización para mero retraso puede concurrir con el daño por retraso. En esta hipótesis el juez detrae de la suma a título de indemnización del daño aquélla liquidada a título de indemnización por mero retraso.

Sobre las dos formas de indemnizaciones ha intervenido también el Consejo de Estado en su sentencia 2638/2014, para precisar en el detalle el alcance de las normas respecto a los presupuestos que tienen que existir para recurrir a las dos formas de indemnización: Para que se pueda tener **daño por retraso** “Come appare evidente, la norma di cui al comma 1 non collega l’ipotesi risarcitoria al mero superamento del termine di conclusione del procedimento amministrativo (senza che sia intervenuta l’emanazione del provvedimento finale), ma pone l’inosservanza del termine normativamente previsto come presupposto causale del danno ingiusto eventualmente cagionato «in conseguenza» dell’inosservanza dolosa o colposa di detto termine. Tale interpretazione, chiaramente desumibile dal dettato normativo, è ulteriormente avvalorata dalla espressa previsione del successivo comma 1-bis, con il quale per l’**indennizzo per mero ritardo** il legislatore ha voluto, per casi determinati⁴⁰⁰, prevedere (non già il risarcimento del danno ma) il riconoscimento di un indennizzo per i casi di inosservanza del termine di conclusione del procedimento. In definitiva. L’inosservanza del termine di conclusione procedimentale comporta:

- in generale, il risarcimento del danno ingiusto, qualora – con dimostrazione del nesso di causalità – questo consegua alla predetta inosservanza colposa o dolosa della pubblica amministrazione;
- nei casi espressamente previsti, il riconoscimento di un indennizzo, il titolo a ricevere il quale (nelle condizioni previste dalla legge) sorge per il solo fatto del superamento del termine e

⁴⁰⁰ El interesado debe ser empresario.

che – ove concorra con la distinta obbligazione risarcitoria – è detratto dalla somma complessivamente riconosciuta a tale ultimo titolo.”⁴⁰¹

En fin, conclude el Consejo de Estado que “Ambedue le ipotesi (...) quella del risarcimento del danno ingiusto, nel considerare l’inosservanza di un termine per la conclusione del procedimento, presuppongono appunto che si verta nell’ambito di un procedimento amministrativo, non potendo le norme applicarsi a casi di attività della pubblica amministrazione diversa da quella procedimentalizzata. Vale a dire a quella attività, costituente procedimento amministrativo, caratterizzata dalla presenza di un potere amministrativo da esercitare e (di norma) destinata a concludersi con l’emanazione di un provvedimento amministrativo.”⁴⁰²

El artículo 28 inciso 8 L. 98/2013 establece que, sea en la comunicación al interesado de inicio procedimiento, sea en la *web site* de la Administración debe mencionarse el derecho a la resarcibilidad del daño por retraso y el derecho a la indemnización por mero retraso junto a la información necesaria para solicitarlas.

- *indemnización para mero retraso (como obtenerlo)*

El artículo 28 apartado 2 L. 98/2013 establece que para obtener la **indemnización para mero retraso** el interesado:

“è tenuto ad azionare il potere sostitutivo previsto dall’art. 2, comma 9-bis, della legge 241 del 1990”, o sea a solicitar el poder substitutivo del funcionario anti-retraso (ver *infra*) “nel termine perentorio di venti giorni dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. Nel caso di procedimento in cui intervengono più amministrazioni, l’interessato presenta l’istanza all’amministrazione procedente, che la trasmette tempestivamente al titolare del potere sostitutivo dell’amministrazione responsabile del ritardo.”

Pues en caso de inacción del responsable del procedimiento, debe subrayarse que el derecho a la indemnización no es automático. Para conseguirlo, el interesado tiene que ponerse en contacto con el funcionario anti-retraso contemplado por el artículo 9-bis L. 241/1990 (ver *infra*) en el

⁴⁰¹ Consejo de Estado, sección IV, 22 de mayo de 2014, n. 2638.

⁴⁰² *Ibid.*

término de veinte días desde el el último día del plazo previsto para la conclusión del procedimiento y pedir sea la emanación del acto y al mismo tiempo el pago de la indemnización. Si también el funcionario anti-retraso no concluye el procedimiento dentro del plazo a ello asignado (que la ley establece en un plazo igual a la mitad del originariamente previsto) el mismo tiene la obligación de acordar la indemnización para mero retraso sin necesidad de ulteriores solicitudes por parte del interesado. En esta última hipótesis la instructoria del funcionario anti-retraso titular del poder substitutivo debe ser “circoscritta alla verifica della violazione del termine di conclusione del procedimento (...) senza che nessun altra valutazione sia di competenza dell’amministrazione.”⁴⁰³.

La suma de corresponder a título de indemnización es debida a partir del día siguiente al plazo del término de conclusión del procedimiento hasta la fecha de adopción del acto con que se dispone la liquidación de la suma o bien con cuyo se dispone el acto debido. El pago de la indemnización por retraso no exenta la Administración de la obligación de concluir el procedimiento administrativo. Por lo tanto queda operante el recurso al juez administrativo para la falta de conclusión del procedimiento.

La suma de la indemnización por el mero retraso ha sido cuantificada por el legislador en 30 euros por cada día de retraso con efecto desde la fecha de caducidad del término del procedimiento, hasta a un máximo de 2.000 euros (artículo 28 apartado 1 L. 98/2013). Por consiguiente, transcurrido inútilmente el plazo para la conclusión del procedimiento, el interesado puede dirigirse al funcionario anti-retraso (titular del poder sustitutivo) para que, dentro de un plazo igual a la mitad del originariamente previsto, finalice el procedimiento a través del órgano competente o, en su defecto, a través el nombramiento de un comisario (artículo 2 apartado 9-ter L. 241/1990). Sobre el funcionario anti-retraso ver *amplius* más adelante). El funcionario anti-retraso tiene también la tarea de liquidar la indemnización hasta la fecha en que se haya dictado finalmente el acto⁴⁰⁴.

⁴⁰³ Circular 9 de enero 2014, *cit.*

⁴⁰⁴ Sin embargo contra el silencio de la Administración, el interesado tiene también otra opción: la tutela jurisdiccional administrativa. El interesado, una vez transcurridos los plazos para la conclusión del procedimiento administrativo, mientras persista el incumplimiento y, en todo caso, no más allá de un año desde el término de conclusión del procedimiento administrativo, puede interponer recurso administrativo contra el silencio de la Administración.

Esta nueva forma de tutela administrativa ha sido introducida en 2013 y por el momento sólo está prevista para los retrasos administrativos que se ocasionan en ámbito de las actividades económicas, es decir, en los supuestos en que el interesado sea un empresario.

El artículo 35 apartado 1 letra h) D. lgs. 33/2013 obliga las Administraciones públicas a publicar en el propio *web site* los instrumentos de tutela administrativa y jurisdiccional, reconocidos por la ley en favor del interesado y las modalidades para acceder a los mismos.

- *daño por retraso (requisitos)*

El **daño por retraso** (derivado de la falta de emanación de una medida favorable en plazo) se considera como una lesión de los intereses legítimos que constituyen objeto de la pretensión. Su régimen se reconduce al de la responsabilidad extracontractual que surge, sintéticamente, cuando un sujeto padece un daño por la conducta de otros y entre de ellos no media una relación jurídica.

Para la indemnización del daño por retraso se aplican las reglas de los artículos 2043⁴⁰⁵ y 2697⁴⁰⁶: o sea, la injusticia y la subsistencia misma del daño no pueden, en principio, presumirse *iuris tantum*, ni vincularse de manera automática y exclusiva con el retraso en la adopción de la medida administrativa favorable al interesado. El mismo tiene que probar el daño, su cuantificación, y su nexo causal. Además el retraso de la Administración tiene que deberse a su culpa o dolo⁴⁰⁷.

- *El funcionario anti-retraso*

El legislador en 2012, para evitar retrasos y/u omisiones parciales o totales por parte de la Administración dictó el Decreto-ley 5/2012, posteriormente convertido en ley 35/2012. Con base en

⁴⁰⁵ “Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.

⁴⁰⁶ “Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento”

⁴⁰⁷ De forma razonable, argumenta el Consejo de Estado “Nel caso di danno da ritardo della P.A., occorre verificare la sussistenza sia dei presupposti di carattere oggettivo (prova del danno e del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale), sia di quello di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante). In buona sostanza il mero «superamento» del termine fissato ex lege o per via regolamentare alla conclusione del procedimento costituisce indice oggettivo, ma non integra «piena prova del danno». La valutazione è di natura relativistica e deve tenere conto sia della specifica complessità procedimentale, che di eventuali condotti dilatorie dell'amministrazione. La domanda di risarcimento del danno da ritardo, azionata ex art. 2043 c.c., può essere accolta dal giudice solo se l'istante dimostri che il provvedimento favorevole avrebbe potuto o dovuto essergli rilasciato già ab origine e che sussistono tutti i requisiti costitutivi dell'illecito aquiliano, tra i quali elementi univoci indicativi della sussistenza della colpa in capo alla pubblica amministrazione. In conclusione, non sussiste il danno da ritardo nel caso in cui non sia ravvisabile alcuna colpa nell'operato dell'amministrazione e la tempistica procedimentale consenta agevolmente di escludere un atteggiamento dilatorio in capo alla P.A.” (Consejo de Estado, sección IV, sentencia de 10 de junio de 2014, n. 2964).

esta norma ha introducido la figura del funcionario anti-retraso con poderes sustitutivos en el ejercicio de las tareas conferidas, sea al responsable del procedimiento, o al responsable de servicio, o, en fin, a la jefatura competente, que no cumplan de manera negligente con los plazos previstos para la conclusión del procedimiento administrativo⁴⁰⁸.

El cargo de funcionario anti-retraso es otorgado por órganos directivos a los funcionarios que tengan el cargo más alto en cada Administración (artículo 2 inciso 9-*bis* L. 241/1990)⁴⁰⁹. Para cada procedimiento la Administración pública tiene que publicar en su propia *web site* la indicación del sujeto que ha sido nombrado funcionario anti-retraso (artículo 2 inciso 9-*bis*)⁴¹⁰. El artículo 28 apartado 8 L. 98/2013 especifica que la comunicación de inicio del procedimiento tiene que contener expresamente la indicación del sujeto al que se le ha atribuido el poder de sustitución y el plazo que se le ha asignado para la conclusión del procedimiento (artículo 28 apartado 8 L. 98/2013).

- *Plazo para la conclusión del procedimiento.*

El plazo para la conclusión del procedimiento se ha establecido en el artículo 2 apartado 2 L. 241/1990: treinta días desde el momento de la presentación de la solicitud en el Registro general («Protocollo») de la Administración⁴¹¹.

⁴⁰⁸ El inciso 9 del artículo 2 L. 241/1990 puntualiza que “La mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente.”

Sobre la figura del funcionario anti-retraso la doctrina ha opinado que “un potere sostitutivo era da ritenersi in realtà già previsto – implicitamente – dalla legge 241/1990. Il potere/dovere in questione rientra totalmente nella responsabilità in vigilando del dirigente/responsabile del servizio che ha assegnato ai propri collaboratori la responsabilità interna del procedimento amministrativo. Pertanto, la nuova norma si pone non tanto come meccanismo che introduce la sostituzione del responsabile del procedimento inerte ma piuttosto del dirigente/responsabile del servizio che non interviene a «sanare» una situazione di inadempimento e/o non si preoccupa di monitorare l’andamento del procedimento amministrativo.” (S. USAI, ob. cit., p. 387).

⁴⁰⁹ La mayoría de los Entes Locales ha decidido atribuir el poder sustitutivo al Secretario Municipal.

⁴¹⁰ Dicha obligación ha sido reiterada también en el artículo 35 letra *m*) del D.Lgs. 33/2013 (Decreto sobre la transparencia): la Administración está obligada a publicar en su propio *web site* “il nome del soggetto a cui è attribuito, in caso di inerzia, il potere sostitutivo, nonché le modalità per attivare tale potere, con indicazione dei recapiti telefonici e delle caselle di posta elettronica istituzionale”.

⁴¹¹ El inciso 3 artículo 2 L. 241/1990 sin embargo establece que las Administraciones públicas en sus reglamentos pueden establecer plazos superiores a 30 días pero inferiores a 90 días para la conclusión del procedimiento. En defecto de tal previsión reglamentaria el plazo será el previsto por la ley. El apartado 4 establece que, en el caso de procedimientos complejos y en casos particulares, los reglamentos pueden establecer plazos superiores a 90 días pero inferiores a 180 días.

Para cierta doctrina el plazo empieza a transcurrir solo en el caso de que la solicitud sea regular y completa.⁴¹² En la práctica esto no suele ocurrir, ya que el empleado encargado de recibir la solicitud, para evitar incurrir en un cualquier tipo de responsabilidad por no haber realizado presuntamente su trabajo, prefiere registrar dicha solicitud aunque esté incompleta o redactada de forma irregular. Lo importante es que la solicitud se dirija a una persona o unidad administrativa muy concreta. Y no puede ser de otra manera puesto que el artículo 53 apartado 5 D.P.R. 445/2000 establece expresamente:

“Sono oggetto di registrazione obbligatoria i documenti ricevuti o spediti dall’amministrazione e tutti i documenti informatici”

a excepción de las gacetas y boletines oficiales, los servicios de noticias de las Administraciones públicas, los materiales estadísticos, los periódicos, las revistas, los libros, los materiales publicitarios, las invitaciones a encuentros y todos los documentos ya sujetos a grabación particular de la Administración.

De otro lado conviene relevar que el artículo 6 apartado 1 letra *b*) segundo período L. 241/1990) prevé el instituto del «Deber ayuda durante la instrucción» («Dovere di soccorso istruttorio») que obliga a la Administración a pedir a los interesados la regularización de las solicitudes y de la documentación entregada. Eso significa que la solicitud, aunque incompleta e irregular, tiene que ser registrada. Será, luego, tarea del responsable del procedimiento durante la fase instructoria solicitar las rectificaciones necesarias y los documentos que falten (sobre el «Deber ayuda durante la instrucción» ver *amplius* parrafo 3.2.1.8) .

- *Responsabilidad por incumplimiento del responsable del procedimiento*

El retraso en dictar resolución comporta consecuencias también desde la perspectiva de la responsabilidad disciplinaria y administrativa a cargo del funcionario responsable del procedimiento que ha sido negligente. El artículo 2 apartado 9 L. 241/1990 establece que:

⁴¹² Vid. E. CASSETTA, *ob. cit.*, 2013, págs. 484-485.

“La mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente.”

Ademas el artículo 28 apartado 7 L. 98/2013 advierte que el pronunciamiento de condena de la Administración a una indemnización por mero retraso se comunicará al Tribunal de Cuentas y al titular de la acción disciplinaria para que pueda empezar el procedimiento disciplinario contra el funcionario negligente.

Junto a la responsabilidad disciplinaria a cargo del funcionario negligente puede generarse también la responsabilidad civil (ver *amplius* parrafo 3.3.3.2) y la responsabilidad penal (ver *amplius* parrafo 3.3.4.1).

El régimen de esta cuestión va en todo caso a cambiar dado que la L. 190/2012, qué contiene disposiciones para la prevención y la represión de la corrupción y la ilegalidad en la Administración (Ley anticorrupción), en el artículo 1 apartado 48 prevé una delegación al Gobierno para dictar un decreto legislativo con el objetivo de disciplinar unitariamente las sanciones en materia de incumplimiento de los plazos de los procedimientos administrativos por parte de la Administración. El legislador ha dictado las siguientes directrices que ha de cumplir la norma que se apruebe:

- Homogeneidad de los ilícitos referidos a un retraso, superando así las diferentes disciplinas de los diferentes sectores de las Administraciones públicas;
- Homogeneidad de las modalidades a través de las cuales las jefaturas hacen los controles para evitar los retrasos;
- Homogeneidad de las sanciones con relación al incumplimiento de los plazos.

➤ **3.2.1.4 Deber de comunicación del inicio del procedimiento a los sujetos del artículo 7 apartado 1**

El procedimiento administrativo italiano – como la generalidad de las legislaciones administrativas de los principales países europeos - prevé una instrucción abierta y participada.

De todas formas conviene precisar que entre la persona que pretende participar en el procedimiento y el objeto del procedimiento debe existir, aunque sólo sea en el plano de los hechos, un nexo efectivo. No está prevista, por consiguiente, una mera «participación ideológica», sino una participación que encuentra su legitimación en el enraizamiento del ciudadano en la realidad sobre la que se debe intervenir. Y para valorar la existencia de este nexo, es llamado el responsable del procedimiento encargado de velar por una tramitación tempestiva y puntual del procedimiento.

El acceso del particular interesado a los actos instructorios ha sido admitido por el artículo 7 L. 241/1990.

El artículo 6 apartado 1 letra *d*) dispone que:

“Il responsabile del procedimento: (...) cura le comunicazioni, le pubblicazioni e le notificazioni previste dalle leggi e dai regolamenti”.

Entre las comunicaciones que obligatoriamente están a cargo del responsable del procedimiento hay que recordar la prevista por el artículo 7 apartado 1 L. 241/1990 que establece lo siguiente:

“Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento⁴¹³, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall'[articolo 8](#), ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti⁴¹⁴ ed a quelli che per legge debbono intervenire⁴¹⁵. Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l'amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia dell'inizio del procedimento⁴¹⁶.”

⁴¹³ En caso de exigencias derivadas del principio de celeridad la comunicación de inicio del procedimiento puede ser retrasada u omitida. De tal retraso u omisión debe ser dada justificación en la motivación (T.A.R. Lazio – Roma – sección III, sentencia 14 de febrero de 2013, n. 1663).

⁴¹⁴ O sea los sujetos en cuya esfera jurídica el acto está destinado a producir efectos jurídicos.

⁴¹⁵ En general dichos sujetos son los entes públicos.

⁴¹⁶ En línea general se trata de los sujetos que podrían estar legitimados en impugnar el acto favorable a los interesados (contrainteresados). Individualizar dichos sujetos no es fácil y tampoco la Administración está obligada a emplear muchos recursos para su individualización. El art. 9 además reconoce la facultad a “Qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché” a los “portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento.” de intervenir en el procedimiento. De todas formas en este caso la Ley 241/1990 no obliga al responsable del procedimiento a avisarlos del inicio del procedimiento a través de la comunicación disciplinada en el artículo 7. En fin, el artículo 8 apartado 2 del Decreto legislativo de 18 de agosto de 2000 n. 267 (Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali) amplía la esfera de los sujetos titulares del poder de participación “Nel procedimento relativo all'adozione di atti che incidono su situazioni giuridiche soggettive devono essere previste forme di partecipazione degli interessati secondo le modalità stabilite dallo statuto, nell'osservanza dei principi stabiliti dalla legge 7 agosto 1990 n. 241.” Se trata en todo caso de una participación

Se trata de una comunicación personal idónea para permitir la participación de los interesados en el procedimiento. De todas formas la aplicación del principio de participación puede excepcionarse sólo cuando existan impedimentos derivados de particulares exigencias de celeridad del procedimiento, o sea, cuando el procedimiento tenga su presupuesto de hecho en una causa de urgencia (artículo 7). Por tanto, sólo en casos del todo excepcionales la exigencia de tempestividad de la decisión administrativa puede prevalecer sobre la exigencia de transparencia. Esto significa que la Administración no puede tomar decisiones que afecten a los ciudadanos sin la participación de estos. El carácter contradictorio del procedimiento implica la posibilidad de que toda persona interesada pueda defender sus intereses, aportando las pruebas que estime pertinentes y alegando lo que crea conveniente. Sin embargo conviene precisar que la participación regulada por la L. 241/1990 es de carácter documental como afirma el artículo 10 L. 241/1990:

“I soggetti di cui all’articolo 7 e quelli intervenuti ai sensi dell’articolo 9 hanno diritto: a) di prendere visione degli atti del procedimento (...); b) di presentare memorie scritte e documenti, che l’amministrazione ha l’obbligo di valutare ove siano pertinenti all’oggetto del procedimento.”

La L. 241/1990 no establece exactamente en qué plazo a partir del momento de la recepción de la solicitud presentada a instancia de parte, el responsable del procedimiento debe efectuar la comunicación. Ante el silencio de la ley la regla administrativa es que tal cumplimiento debe efectuarse sin retraso, ya que el responsable del procedimiento tiene la obligación de poner fin al procedimiento dentro un plazo determinado por ley.

La L. 241/1990 establece en su artículo 8 que el responsable del procedimiento tiene que notificar el inicio del procedimiento a través de una comunicación personal. Sin embargo, en caso de que por el elevado número de destinatarios la comunicación personal no sea posible o resulte particularmente onerosa, la comunicación puede ser efectuada a través de formas alternativas de publicidad establecidas por la misma Administración. El apartado 2 añade que la comunicación

documental como afirma el artículo 10 L. 241/1990 “I soggetti di cui all’articolo 7 e quelli intervenuti ai sensi dell’articolo 9 hanno diritto: a) di prendere visione degli atti del procedimento (...); b) di presentare memorie scritte e documenti, che l’amministrazione ha l’obbligo di valutare ove siano pertinenti all’oggetto del procedimento.” Sin embargo, las normas secundarias, como reglamentos y estatutos, pueden introducir formas de instrucción oral.

tiene que contener las siguientes informaciones: la Administración competente del procedimiento; el objeto del procedimiento; la unidad administrativa y la persona responsable del procedimiento; la fecha dentro de la que tiene que concluirse el procedimiento y los remedios en caso de inactividad de la administración; la unidad administrativa en que se puede tener acceso al expediente.

En fin, el artículo 28 apartado 2 L. 98/2013 añade qué en la comunicación del procedimiento tiene que indicarse el derecho a la indemnización para mero retraso (ver *supra* parrafo 3.2.1.3) y a las modalidades y los plazos para conseguirlo, y por fin el nombre del funcionario anti-retraso (ver *supra* parrafo 3.2.1.3).

La omisión de la comunicación no da lugar a ilegalidad cuando *i*) se trata de acto reglado (artículo 21-octies apartado 2 L. 241/1990)⁴¹⁷; y *ii*) por razones de celeridad (artículo 7 apartado 1 primero periodo)⁴¹⁸. En estos casos debe motivarse en el acto final⁴¹⁹.

La comunicación de inicio del procedimiento abre la puerta a la relación de colaboración entre ciudadanos y Administración, con ventajas por ambas partes: el interesado goza de una tutela anticipada de sus propias pretensiones; en cambio permite a la Administración reducir los márgenes

⁴¹⁷ “Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell’ avvio del procedimento qualora l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diversi da quello in concreto adottato.”

Sobre la legitimidad de la regla conservadora introducida por el art. 21-octies L. 241/1990 también se ha expresado la jurisprudencia administrativa (Consejo de Estado, sentencias: sección V, sentencia 27 de abril de 2011, n. 2456; sección VI, sentencia 18 de febrero de 2011, n. 1040.). El Consejo de Estado destaca que la ratio del artículo 21-octies L. 241/1990 se fundamenta en la prevalencia de los aspectos sustanciales con respecto de aquellos formales en las hipótesis en que las garantías procedimentales no producirían ninguna ventaja a causa de la falta de un poder concreto de elección de parte de la Administración. En el mismo sentido el T.A.R. Basilicata (Potenza), sentencia n. 298/2011 “È utile chiarire che la mancata comunicazione di avvio del procedimento è inidonea a vizzarlo quando i presupposti fattuali risultino incontestati, il quadro normativo non presenta margini di incertezza sufficientemente apprezzabile, l’eventuale annullamento del provvedimento non priva l’Amministrazione del potere- dovere di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto, con conseguente non incidenza del provato ai fini della definizione di tale contenuto.”

En el mismo sentido cierta doctrina ha excluido la existencia de una obligación de comunicación en presencia de actos administrativos de carácter reglado ya que el legislador ya habría realizado una selección del interés público concreto que hay que tutelar, y por lo tanto, no habría lugar para un debate para solicitar un cotejo específico de los intereses privados implicados. (Vid. G. FERRARI – L. TARANTINO, Irrilevanza dell’omesso avviso di avvio del procedimento, en *Rivista Urbanistica e Appalti*, 2006, 2, pág. 240).

⁴¹⁸ “Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento (...)”

⁴¹⁹ Consejo de Estado, sección VI, sentencia 21 de marzo de 2011, n. 1712 “la violazione delle regole del contraddittorio procedimentale e, in particolare, il vizio di omessa comunicazione del procedimento deve escludersi in considerazione delle ragioni di urgenza”.

de error, en cuánto las permite conocer, antes de la adopción del acto conclusivo del procedimiento, los vicios en que incurriría al adoptarlo⁴²⁰.

La participación en el procedimiento administrativo finaliza con el derecho del interesado a aportar al responsable del procedimiento cada documento que crea oportuno para fundamentar su pretensión. El responsable del procedimiento en caso de que tales documentos los crea pertinentes está obligado a examinarlos. En caso contrario tendrá que justificarlo en la motivación.

Al regular la institución de la «participación», el legislador no se ha limitado únicamente a la forma de la «participación- garantía». Ha tenido presente el doble significado que el concepto de procedimiento ha venido asumiendo: aquél de lugar de tutela preventiva de las situaciones subjetivas del destinatario del acto y aquél otro de lugar de colaboración entre autoridad y particular para una más apropiada y legítima definición de la relación administrativa.

Cierta jurisprudencia administrativa ha destacado que la comunicación del procedimiento no sería necesario en los procedimientos iniciados a solicitud de la persona interesada. En este caso, en efecto, el interesado tendría ya conocimiento del inicio del procedimiento⁴²¹.

El artículo 13 L. 241/1990 precisa que las normas relativas a la participación no se aplican respecto a la actividad de la Administración dirigida a dictar actos normativos, administrativos

⁴²⁰ T.A.R. Lazio (Roma), sección III, 14 de febrero de 2013, n. 1663.

⁴²¹ T.A.R. Calabria (Catanzaro), sección I, sentencia 8 de marzo de 2012, n. 244 “trattandosi di procedura che ha avuto inizio ad istanza di parte, (...) non era necessaria la comunicazione prevista dall’art. 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241 (nello stesso senso: T.A.R. Campania Napoli, sez. VI, 14 gennaio 2008, n. 176; T.A.R. Toscana, sez. III, sentenza 13 aprile 2006, n. 1200; T.A.R. Liguria, sez. II, sentenza 10 marzo 2006, n. 219; T.A.R. Campania (Napoli), sez. IV, sentenza 21 febbraio 2006, n. 2189)”.

En el mismo sentido USAI “L’obbligo in parola proprio perchè «apre» il procedimento amministrativo a soggetti che rischierebbero di non essere coinvolti nello sviluppo della procedura pur avendone diritto e pur potendo apportare contributo rilevanti (se non altro in termini di deflazione del potenziale contenzioso), deve riguardare il procedimento avviato d’ufficio e non anche quello ad istanza di parte” (S. USAI, ob. cit., pág. 461). Contro questo orientamento:

generales, de planificación y de programación, y a los procedimientos tributarios⁴²². Los mismos quedan disciplinados a través de particulares normas.

➤ **3.2.1.5 Facultad de aplicación de las medidas cautelares contenidas en el artículo 7 apartado 2 antes de la comunicación de inicio del procedimiento.**

Razones de urgencia, pero sobre todo la exigencia de no obstaculizar o no comprometer la acción administrativa han sugerido al legislador a introducir en la L. 241/1990 relativa al procedimiento administrativo la facultad de la Administración de adoptar, también antes de la comunicación de inicio procedimiento, medidas cautelares. Dicha facultad ha sido reconocida por el legislador para garantizar la futura decisión y por tanto asegurar que la misma no resulte inútil⁴²³.

La Ley española sobre el procedimiento administrativo – LRJPAC - preve una medida análoga en el artículo 72 apartado 2 y ss.:

“2. Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos expresamente por una norma de rango de Ley. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

3. No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

⁴²² Artículo 13 “1. Le disposizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell’attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione.

2. Dette disposizioni non si applicano altresì ai procedimenti tributari per i quali restano parimenti ferme le particolari norme che li regolano.”

⁴²³ Pensemos por ejemplo en la inobservancia por parte de algunos ciudadanos de las prescripciones urbanísticas. El artículo 27 apartado 3 D.P.R. 6 de junio de 2001 n. 380 (Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) permite al jefe de la unidad administrativa o al responsable de la oficina competente la inmediata suspensión de los trabajos de edificación en caso de que haya constancia de la inobservancia de las normas sobre la actividad de construcción por parte de algunos ciudadanos; o bien al artículo 150 apartado 1 Decreto legislativo 22 de enero de 2004 n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio) establece que el Ministerio para los bienes culturales, independientemente de la comunicación del procedimiento tiene la facultad de inhibir que se ejecuten trabajos sin autorización o en todo caso capaces de perjudicar el paisaje. En caso de que los trabajos sean iniciados por el Ministerio puede ordenar la suspensión de los mismos.

En el mismo sentido E. CASETTA, ob. cit., pág. 502.

4. Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

En todo caso, se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente.”

- **3.2.1.6 Obligación de comunicación de las razones por las que se rechaza una solicitud (Preaviso de rechazo «Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza cd. Preavviso di rigetto»), artículo 10-bis legge 241/1990).**

El artículo 10-bis ya introduce en la fase instructoria una anticipación de la decisión final cuando ésta sea negativa para el solicitante. En efecto, en el caso de procedimientos iniciados a instancia de parte, el responsable del procedimiento está obligado a comunicar al interesado los motivos que impiden la acogida de la solicitud. Dentro del plazo de diez días desde que se recibe la comunicación, los interesados tienen el derecho a presentar en forma escrita sus observaciones, y a aportar documentos:

“Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti.”⁴²⁴

⁴²⁴ El T.A.R. de la Campania (Nápoles) ha argumentado que el plazo de diez días para presentar observaciones y documentos por parte del interesado no debería ser considerado perentorio. Por tanto también las observaciones y documentos presentados sucesivamente por el interesado antes de la definitiva formalización de la resolución final tienen que ser tomados en consideración por el responsable del procedimiento (T.A.R. Campania (Nápoles) sección IV, sentencia 17 de septiembre de 2009, n. 5013): “da un'interpretazione complessiva dell'intero art. 10 bis L. n. 241/1990 si desume agevolmente che il predetto termine di 10 giorni non ha natura perentoria, dal momento che : a) tale disposto normativo non qualifica espressamente come perentorio il citato termine di 10 giorni, né il Legislatore in tale circostanza ha usato il verbo dovere, ma si è limitato a prevedere "il diritto di presentare" osservazioni e/o documenti; b) eccetto che per quanto riguarda i ricorsi amministrativi e per le domande di partecipazione ai procedimenti di evidenza pubblica ed ai concorsi per pubblico impiego, nell'ambito dei procedimenti amministrativi non vi sono termini decadenziali, come nel diritto processuale; c) la comunicazione inviata ai sensi di tale norma non sospende i termini di conclusione del procedimento amministrativo, ma li interrompe, per cui in seguito alla presentazione delle osservazioni e/o documenti il termine ex art. 2 L. n. 241/1990 iniziano a decorrere ex novo , per cui risulta illogico che con la comunicazione del preavviso di rigetto, istituita con lo scopo di favorire un esito del procedimento amministrativo positivo per l'istante, possa derivare contestualmente un termine decadenziale di 10 giorni per l'istante ed il raddoppio dei termini per la conclusione del procedimento per l'Amministrazione; d) lo scopo del Legislatore di deflazionare le controversie giurisdizionali non verrebbe più attuato, in quanto, impedendo all'istante la presentazione di osservazioni oltre il termine di 10 giorni, il medesimo istante farebbe valere tali osservazioni dinanzi alla competente Autorità Giudiziaria; e) pertanto, l'Amministrazione fino all'emanazione del provvedimento conclusivo del procedimento ha il dovere di prendere in considerazione tutte le osservazioni ed i documenti presentati dall'istante (in senso analogo T.A.R. Basilicata Potenza, sez. I, 02 gennaio 2008 , n. 6)”.

Según la orientación mayoritaria de la jurisprudencia la comunicación del artículo 10-*bis* no suspende el plazo de conclusión del procedimiento administrativo, sino que lo interrumpe, de tal modo que como consecuencia de la presentación de las observaciones y/o documentos el plazo empieza a transcurrir *ex novo*⁴²⁵.

Si el responsable del procedimiento no estima adecuadas las observaciones y los documentos del interesado tendrá que justificarlo en la motivación de la resolución final.

La comunicación del artículo 10-*bis* no se aplica a los procedimientos relativos a convocatorias de oposiciones en la Administración y a los procedimientos en materia de servicios sociales y asistencial.

La comunicación del artículo 10-*bis* refuerza el principio de colaboración entre administrados y Administración pública⁴²⁶. Además también tiene un objetivo «deflattivo», o sea adelantando la decisión negativa a la fase instructoria con lo que se quiere evitar que se presenten recursos inútiles después de la conclusión del procedimiento⁴²⁷.

Conviene precisar que el interesado no está obligado a aportar observaciones y documentos, y eso significa que siempre se conserva el derecho a recurrir contra la administración ante el juez administrativo en caso de resolución final desfavorable.

La comunicación ex artículo 10-*bis* se aplica solo a los interesados en el procedimiento y no a los contrainteresados.

La L. 241/1990 no contiene ninguna sanción para la omisión de esta comunicación por parte del responsable. La jurisprudencia administrativa ha argumentado que si el acto es reglado debería

⁴²⁵ T.A.R. Lombardia (Milano) sección III, sentencia 13 de marzo de 2008, n. 1232: “Ritiene la sezione che si debba aderire all’orientamento maggioritario espresso in dottrina, secondo il quale, utilizzando il termine interruzione (e non sospensione), il legislatore ha voluto significare che il termine riprende nuovamente a decorrere dal suo inizio, senza tener conto del periodo già trascorso prima dell’interruzione stessa”. En el mismo sentido T.A.R. Campania (Napoli) sección. IV, sentencia 17 de septiembre de 2009, n. 5013.

⁴²⁶ Como ha argumentato el T.A.R. Lazio (Roma) sección II, el interesado no debe padecer pasivamente la acción administrativa sino que tiene que poder tomar partido sobre los hechos (sentencia 6 de octubre de 2009, n. 9759).

⁴²⁷ Como ha argumentato el T.A.R., Lazio (Roma) en la sentencia 5 de marzo de 2012 n. 2214 “Si tratta di una norma di garanzia partecipativa che ha la finalità di consentire, anche nei procedimenti ad istanza di parte, gli apporti collaborativi dei privati, allo scopo di porre questi ultimi in condizione di chiarire, già nella fase procedimentale (con l’evidente scopo di istituire un ulteriore fattore deflattivo del contenzioso, rispetto a quello a quello già introdotto dalla legge n. 241 con gli artt. 7 e segg.), tutte le circostanze ritenute utili ai fini della definizione della vicenda da cui esiterà l’eventuale provvedimento finale”.

encontrar aplicación el artículo 21-*octies* apartado 2 L. 241/1990⁴²⁸. El problema permanece para los actos discrecionales. La jurisprudencia administrativa sobre este punto no es unanime. El Consejo de Estado está a favor de la aplicación del apartado 2 del artículo 21-*octies*⁴²⁹.

Podríamos argumentar que por economía procedimental en caso de que el contenido del acto no pudiera ser diferente a lo adoptado en concreto, no habría motivos para excluir la aplicación del segundo apartado del artículo 21-*octies* aunque explícitamente la norma se refiere a la comunicación del artículo 7 y no también a la prevista en el artículo 10-*bis*. En cambio cuando el acto no es reglado, y por lo tanto la Administración tiene una cierta discrecionalidad en la decisión final, en este caso debería aplicarse el primer apartado del artículo 21-*octies*, o sea el acto constituiría una violación de la ley⁴³⁰.

En cuanto al sujeto competente para adoptar la comunicación del artículo 10-*bis*, la norma hace referencia al responsable del procedimiento o a la autoridad competente. USAI ha interpretado esta doble referencia en el sentido de que le corresponde al responsable del procedimiento cuando él también sea competente para dictar el acto final. En cambio, la emanación del preaviso de rechazo corresponde al responsable del servicio/jefatura (autoridad competente) ya que “la *preinformazione* che si sostanzia nel contenuto del preavviso di diniego non può essere considerata semplicemente una mera comunicazione istruttoria ma, pur avendo carattere intermedio, esprime già una prima verosimile risposta all’istanza”⁴³¹.

Esta opinión no puede ser compartida por la autora de esta tesis, dado que, como ha argumentado el T.A.R. Sicilia (Palermo) sección II en la sentencia 13 de marzo de 2012 n. el preaviso de rechazo “no exonera a la Administración pública de la obligación de proveer a la conclusión del procedimiento con un acto expreso, aun cuando el interesado no haya presentado

⁴²⁸ T.A.R. Sardegna (Cagliari) sección II sentencia 7 de marzo 2012 n. 248 “L’art. 21-*octies* rende, quindi, irrilevante la violazione delle norme sul procedimento o sulla forma dell’atto per il fatto che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

⁴²⁹ Sentencia n. 552 de 2 de febrero de 2009. Véase cap. VI dónde esta sentencia ha sido objeto de detenido examen.

⁴³⁰ “È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.”.

⁴³¹ S.USAI, *op. cit.*, págs. 518-520. En particular este autor propone que el responsable del procedimiento, aunque según la ley es un instructor sin poderes de gestión, debería redactar una propuesta de rechazo al órgano competente para la adopción de la resolución final (pág. 523).

ninguna observación en contra”⁴³². Por consiguiente si el preaviso de rechazo no puede ser considerado como acto final, nada impide que sea el responsable del procedimiento - también en el caso de que no tenga la competencia de dictar el acto final – quien se ocupe del preaviso de rechazo. Pues será solo con el acto final expreso cuando podrán ser compartidas o no las conclusiones del responsable del procedimiento en orden a los motivos que le han inducido a comunicar el preaviso de rechazo y a no acoger las eventuales observaciones del interesado.

La Ley española sobre el procedimiento administrativo ha institucionalizado esta comunicación antecedente a la resolución final en el artículo 84 LRJPAC bajo la rubrica «Trámite de audiencia»

El legislador español ha dictado una disciplina dentro del procedimiento sobre la base de que instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5 (artículo 84 apartado 1 LRJPAC). Luego los interesados son invitados a presentar alegaciones no sólo cuando el responsable del procedimiento entiende redactar una propuesta de resolución en sentido desistimatorio mas aun cuando la propuesta del responsable sea estimatoria (artículo 84 apartado 2 y ss.):

“2. Los interesados, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

3. Si antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite.

4. Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.”

➤ **3.2.1.7 Prohibición de exigir documentos que obran en poder de la Administración pública y obligación de comprobar de oficio los estados, hechos y calidades (artículo 18 apartados 2 y 3).**

El artículo 18 en sus apartados 2 y 3 L. 241/1990 establece que:

⁴³² Texto original “il preavviso di diniego non esonera l’Amministrazione pubblica dall’obbligo di provvedere alla conclusione del procedimento con un atto espresso, anche in caso di omessa produzione di controdeduzioni da parte dell’interessato nel termine (T.A.R. Molise, sez. I, 26 novembre 2010 n. 1514)”

“I documenti attestanti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l’istruttoria del procedimento, sono acquisiti d’ufficio quando sono in possesso dell’amministrazione procedente, ovvero sono detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni. L’amministrazione procedente può richiedere agli interessati i soli elementi necessari per la ricerca dei documenti.

Parimenti sono accertati d’ufficio dal responsabile del procedimento i fatti, gli stati e le qualità che la stessa amministrazione procedente o altra pubblica amministrazione è tenuta a certificare.”.

En esta materia cabe señalar los artículos 40, 46 y 47 D.P.R. 28 de diciembre de 2000 n. 445 “Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa” que refuerzan el contenido del artículo 18 L. 241/1990 con el objetivo de simplificar la acción administrativa y de facilitar la vida a los ciudadanos.

El artículo 40 D.P.R. 445/2000 establece que:

“Nei rapporti con gli organi della pubblica amministrazione e i gestori di pubblici servizi i certificati e gli atti di notorietà sono sempre sostituiti dalle dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47.”,

o sea las declaciones sustitutivas de las certificaciones⁴³³ (qué precisamente reemplazan los certificados y conciernen los datos contenidos en los registros públicos) y, las declaraciones

⁴³³ Art. 46 D.P.R. 445/2000 “1. Sono comprovati con dichiarazioni, anche contestuali all’istanza, sottoscritte dall’interessato e prodotte in sostituzione delle normali certificazioni i seguenti stati, qualità personali e fatti: a) data e il luogo di nascita; b) residenza; c) cittadinanza; d) godimento dei diritti civili e politici; e) stato di celibe, coniugato, vedovo o stato libero; f) stato di famiglia; g) esistenza in vita; h) nascita del figlio, decesso del coniuge, dell’ascendente o discendente; i) iscrizione in albi, registri o elenchi tenuti da pubbliche amministrazioni; l) appartenenza a ordini professionali; m) titolo di studio, esami sostenuti; n) qualifica professionale posseduta, titolo di specializzazione, di abilitazione, di formazione, di aggiornamento e di qualificazione tecnica; o) situazione reddituale o economica anche ai fini della concessione dei benefici di qualsiasi tipo previsti da leggi speciali; p) assolvimento di specifici obblighi contributivi con l’indicazione dell’ammontare corrisposto; q) possesso e numero del codice fiscale, della partita IVA e di qualsiasi dato presente nell’archivio dell’anagrafe tributaria; r) stato di disoccupazione; s) qualità di pensionato e categoria di pensione; t) qualità di studente; u) qualità di legale rappresentante di persone fisiche o giuridiche, di tutore, di curatore e simili; v) iscrizione presso associazioni o formazioni sociali di qualsiasi tipo; z) tutte le situazioni relative all’adempimento degli obblighi militari, ivi comprese quelle attestate nel foglio matricolare dello stato di servizio; aa) di non aver riportato condanne penali e di non essere destinatario di provvedimenti che riguardano l’applicazione di misure di sicurezza e di misure di prevenzione, di decisioni civili e di provvedimenti amministrativi iscritti nel casellario giudiziale ai sensi della vigente normativa; bb) di non essere a conoscenza di essere sottoposto a procedimenti penali; bbb) di non essere l’ente destinatario di provvedimenti giudiziari che applicano le sanzioni amministrative di cui al [decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231](#); cc) qualità di vivente a carico; dd) tutti i dati a diretta conoscenza dell’interessato contenuti nei registri dello stato civile; ee) di non trovarsi in stato di liquidazione o di fallimento e di non aver presentato domanda di concordato.

sustitutivas del acto de notoriedad⁴³⁴ (que hacen referencia a situaciones no certificadas por la Administración pública sino conocidas por ella).

En los casos en que surgen dudas sobre la autenticidad de dicha declaración la Administración (responsable del procedimiento) está obligada a realizar los controles pertinentes (artículo 71 apartado 1 D.P.R. 445/2000),⁴³⁵

➤ **3.2.1.8 Deber de regularización de las solicitudes de los interesados y de la documentación presentada (Deber de ayuda durante la instrucción «Dovere di soccorso istruttorio»).**

Entre las competencias del responsable del procedimiento figura también la de pedir la rectificación de declaraciones o subsanación de solicitudes erróneas o incompletas (artículo 6 apartado 1 letra b) L. 241/1990)

La norma se encuadra en una regla más amplia de comportamiento que obliga a los dos sujetos, (Administración pública e interesado), a una leal colaboración y cooperación⁴³⁶.

En los procedimientos administrativos que implican la participación como interesados de varios sujetos que competen entre ellos⁴³⁷, el deber de ayudar en la instrucción encuentra un único límite en el respeto del criterio de la *par condicio* y de la imparcialidad.

⁴³⁴ Artículo 47 D.P.R. 445/2000 “1. L'atto di notorietà concernente stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato è sostituito da dichiarazione resa e sottoscritta dal medesimo con la osservanza delle modalità di cui all'[articolo 38](#). 2. La dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza. 3. Fatte salve le eccezioni espressamente previste per legge, nei rapporti con la pubblica amministrazione e con i concessionari di pubblici servizi, tutti gli stati, le qualità personali e i fatti non espressamente indicati nell'articolo 46 sono comprovati dall'interessato mediante la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà. 4. Salvo il caso in cui la legge preveda espressamente che la denuncia all'Autorità di Polizia Giudiziaria è presupposto necessario per attivare il procedimento amministrativo di rilascio del duplicato di documenti di riconoscimento o comunque attestanti stati e qualità personali dell'interessato, lo smarrimento dei documenti medesimi è comprovato da chi ne richiede il duplicato mediante dichiarazione sostitutiva.

⁴³⁵ El artículo añade “3. Qualora le dichiarazioni di cui agli [articoli 46 e 47](#) presentino delle irregolarità o delle omissioni rilevabili d'ufficio, non costituenti falsità, il funzionario competente a ricevere la documentazione dà notizia all'interessato di tale irregolarità. Questi è tenuto alla regolarizzazione o al completamento della dichiarazione; in mancanza il procedimento non ha seguito.

⁴³⁶ Así se han expresado el T.A.R. Sicilia (Catania), sección III, sentencia 22 de diciembre de 2011 n. 3170 “La richiesta di integrazione documentale risulta ai sensi dell'art. 6 della l. n. 241 del 1990 (e corrispondenti disposizioni della l.r. n. 10/1991), doverosa, in quanto prima di adottare un diniego per carenza documentale l'amministrazione è tenuta a chiederne l'integrazione”; y el T.A.R. Puglia (Lecce) sección I sentencia 25 de octubre de 2011 n. 1724 Qué ha subrayado como el deber de socorro instructorio por parte del responsable del procedimiento tiene que tener en cuenta el comportamiento del interesado en el sentido que este último tiene que haber tenido un comportamiento “immune da deliberata volontà di tacere circostanze rilevanti, o in casi di incolpevole errore nella predisposizione di un'istanza. Solo in presenza di queste condizioni” es posible “sanare l'eventuale irregolarità di una domanda attraverso la potestà di sollecitarne il completamento e una corretta ostensione alla p.a. procedente.”.

Sobre el deber de ayuda durante la instrucción conviene distinguir entre "regularización" e "integración" de una solicitud. La regularización es siempre admisible en cuanto que trata de aclarar, precisar, o completar documentos ya introducidos en el procedimiento en curso. En cambio la integración está prohibida ya que en esta hipótesis se trata de introducir documentos nuevos en el procedimiento en curso después de la fecha de caducidad de presentación de las solicitudes⁴³⁸.

Una disposición analoga está prevista por la legislación española. El artículo 71 LRJPAC sanciona el deber de subsanación y mejora de la solicitud:

“1. Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42.

2. Siempre que no se trate de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva, este plazo podrá ser ampliado prudencialmente, hasta cinco días, a petición del interesado o iniciativa del órgano, cuando la aportación de los documentos requeridos presente dificultades especiales.

3. En los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, el órgano competente podrá recabar del solicitante la modificación o mejora voluntarias de los términos de aquélla. De ello se levantará acta sucinta, que se incorporará al procedimiento.”

⁴³⁷ Como ad ejemplo los participantes en las oposiciones públicas, las selecciones para adjudicación de contratos de obras en el Sector público, los bandos públicos por la asignación de beneficios económicos, etc.

⁴³⁸ Consejo de Estado, sección V, sentencia 3 de enero de 2010 n. 3486 “nei concorsi a pubblici impieghi, il bilanciamento tra il dovere della p.a. di provvedere alla regolarizzazione della documentazione presentata dai candidati ed il principio della par condicio tra i partecipanti va ricercato nella distinzione del concetto di regolarizzazione da quello di integrazione documentale: quest'ultima non è mai consentita risolvendosi essa in un effettivo vulnus del principio di pari trattamento tra i concorrenti; mentre alla regolarizzazione documentale la p.a. è sempre tenuta in forza del principio generale ricavabile dall'art. 6 comma 1 lett. b), l. 7 agosto 1990 n. 241 (Cons. Stato, Sez. VI, 05 dicembre 2005, n. 6958). Il principio di regolarizzazione desumibile da tale normativa (...) è stato tuttavia affermato costantemente dalla giurisprudenza amministrativa con riguardo ai concorsi pubblici, inserendosi tra gli istituti diretti ad incentivare la leale collaborazione tra la p.a. ed i soggetti coinvolti nel procedimento e procede, alla stregua di un diretto corollario, dal canone costituzionale di buon andamento amministrativo (Cons. Stato, sez. V, 29.10.1971, n. 964; sez. VI, 28.11.1975, n. 618; sez. VI, 30.10.1981, n. 599; sez. VI, 19.11.1984, n. 644; sez. VI, 4.2.1985, n. 40 e C.g.a.r.s., 20.12.1988, n. 810).”

El Tribunal de Cuentas (Corte dei Conti), sección Sardegna en la sentencia 27 de julio de 2013 n. 232 precisa que el deber ayuda durante la instrucción “presuppone che le parti abbiano presentato i documenti, certificati e dichiarazioni prescritti, e che siano solo necessari chiarimenti, non mirando a supplire a omissioni di documenti e dichiarazioni la cui presentazione è imposta entro un termine perentorio”.

➤ **3.2.1.9 Eventual propuesta de convocatoria de la conferencia de los servicios.**

Cuando la respuesta de la Administración a una instancia presentada por el interesado implique a más Administraciones, los criterios de economicidad y eficacia obligan al legislador a introducir institutos jurídicos que sean idóneos para racionalizar la actividad del responsable del procedimiento.

El artículo 14 L. 241/1990 introduce la «conferencia de servicios», es decir un instituto que permite abordar de una sola vez los intereses públicos implicados en un procedimiento para su examen contextual. La conferencia de los servicios consiste en una reunión de personas físicas que representan a su respectiva Administración pública. Cada una expresa su punto de vista confluyendo al final en una conclusión⁴³⁹.

El artículo 20 apartado 3 L. 241/1990 establece que:

“l’amministrazione competente può indire, entro trenta giorni dalla presentazione dell’istanza, una **conferenza dei servizi**, anche tenendo conto delle situazioni giuridiche soggettive dei controinteressati.”

El artículo 6 apartado 1 letra c) prevé que el responsable del procedimiento pueda proponer la promoción de una conferencia de servicios, o en cambio, pueda promoverla él mismo cuando tenga atribuida la competencia para adoptar el acto final.

Para la doctrina “La prerogativa di interagire con enti ed istituzione (e/o agenzie varie) non può non essere considerata come espressione della funzione gestionale/dirigenziale. A parere dello scrivente il RP sprovvisto di poteri dirigenziali può solamente proporre l’indizione al responsabile del servizio il quale (...) potrà discostarsi dalla richiesta solamente previa adeguata motivazione”⁴⁴⁰.

➤ **3.2.1.10 Posibilidad de proponer acuerdos integrativos o sustitutivos en lugar de la resolución final.**

El artículo 11 en sus apartados 1 y 1-bis establece que:

⁴³⁹ Artículo 14: “Qualora sia opportuno effettuare un esame contestuale di vari interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo, l’amministrazione procedente può indire una conferenza di servizi”

⁴⁴⁰ S. USAI, ob. cit., pág. 71.

“1. l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo.

1-bis. Al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati”.

Por tanto, el responsable del procedimiento puede celebrar acuerdos siempre que no perjudiquen a los derechos de terceros y tengan por objeto el interés público.

La jurisprudencia al referirse al interesse público como objeto del acuerdo, ha calificado este tipo de pactos como «contratos con objeto público», y por esta razón defiende que la competencia exclusiva para su control le atañe al juez administrativo⁴⁴¹.

La naturaleza de derecho público de tales acuerdos impone que, al igual que el acto final, también tengan que estar motivados obligatoriamente, como precisa el apartado 2 del artículo 11:

“Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell'articolo 3”

La mención a los principios de derecho civil significa que no sólo las partes tienen que ajustar su propio comportamiento a los criterios de buena fe y confianza, sino también – como argumenta el T.A.R. Lazio (Roma) en la sentencia de 17 de junio de 2013 n. 6031 - que “il giudice possa e debba fare applicazione diretta anche della disciplina dell'inadempimento del contratto, allorché

⁴⁴¹ Consejo de Estado, sección V, sentencia 14 de octubre de 2013 n. 5000 “Tali accordi non sono negozi di diritto privato, bensì contratti ad oggetto pubblico per i quali sussiste la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 11, comma 5, della l. n. 241/1990 [ora art. 133, comma 1, lett. a), punto 2, del c.p.a.].

Essi costituiscono una modalità di esercizio del potere amministrativo attuata attraverso un modulo bilaterale e consensuale, pur rimanendo la potestà esercitata pubblica e, quindi, istituzionalmente funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico di cui è titolare l'Amministrazione e soggetta alle regole generali dell'attività amministrativa, in parte diverse da quelle che disciplinano l'attività contrattuale privatistica.

Anche se il potere amministrativo può concretizzarsi in atti bilaterali (accordi ex art. 11 della l. n. 241/1990) ovvero atti di diritto privato (art. 1, comma 1 bis, di detta legge), con fusione tra potere amministrativo e autonomia privata in un atto bilaterale consensuale in cui essi confluiscono nella regolamentazione di interessi comuni, tuttavia l'Amministrazione, nella conclusione di tali accordi, diversamente dalla parte privata, non esercita alcuna autonomia privata (come dimostrato dalla previsione di cui al comma 4 bis dell'art. 11 della l. n. 241/1990 relativa alla necessità della previa deliberazione da parte dell'organo competente per l'adozione del provvedimento integrato o sostituito), bensì un potere unilaterale non privatistico”.

una parte del rapporto contesti alla controparte un inadempimento degli obblighi di fare” y por lo tanto “in linea di principio, trovano piena integrale applicazione, anche alle penali previste in convenzione, le regole civilistiche in materia di imputabilità dell’inadempimento, di prova del danno cagionato e di congruità e proporzionalità della relativa sanzione (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2568)”. De todas formas también en el ámbito de los acuerdo el interes público tiene que prevalecer. Por esta razón el apartado 4 añade una norma que lo tutela:

“Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l’amministrazione recede unilateralmente dall’accordo, salvo l’obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato”.

El acuerdo puede ser sustitutivo de la resolución final o bien complementaria cuando integra el contenido discrecional de la misma.

En fin el apartado 4-*bis* termina añadiendo:

“A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione⁴⁴² dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento”.

Del mismo modo el legislador español ha insertado en la LRJPAC el artículo 84 bajo la rubrica « Terminación convencional» del procedimiento:

- “1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.
2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.
3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.
5. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos.”

⁴⁴² Acto administrativo.

➤ **3.2.1.11 Solicitud de informes y evaluaciones técnicas (arts. 16 e 17).**

Cuando la solicitud de informes y de juicios técnicos es expresamente exigida por la ley a órganos y entes específicos y estos los no remiten dentro el plazo establecido⁴⁴³, el responsable del procedimiento puede proceder independientemente del informe.

El artículo 16 apartado 2 aclara que:

“Salvo il caso di omessa richiesta del parere, il responsabile del procedimento non può essere chiamato a rispondere degli eventuali danni derivanti dalla mancata espressione dei pareri”.

En cambio en caso de juicios técnicos el responsable del procedimiento según el artículo 17 apartado 1:

“deve chiedere le suddette valutazioni tecniche ad altri organi dell’amministrazione pubblica o ad enti pubblici che siano dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti, ovvero ad istituti universitari.”

Este régimen no se aplica a los informes y juicios técnicos que tengan que ser concedidos por Administraciones destinadas a la tutela ambiental, de la ordenación territorial y de la protección de la salud de los ciudadanos. En este caso se aplica la normativa específica.

Del mismo modo el artículo 82 apartado LRJPAC precisa que:

“A efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos.”

El artículo 83 LRJPAC añade:

- “1. Salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes.
2. Los informes serán evacuados en el plazo de diez días, salvo que una disposición o el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permita o exija otro plazo mayor o menor.
3. De no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, excepto en los supuestos de informes preceptivos que sean determinantes para la resolución del procedimiento, en cuyo caso se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos.

⁴⁴³ **Informes:** dentro 20 días desde la solicitud del responsable del procedimiento. De todas formas “nel caso in cui l’organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie i termini” di 20 giorni “possono essere interrotti per una sola volta e il parere deve essere reso definitivamente entro 15 giorni dalla ricezione degli elementi istruttori da parte delle amministrazioni interessate.” (art. 16 comma 4).

Juicios técnicos: dentro 90 días de la solicitud por el responsable del procedimiento.

4. Si el informe debiera ser emitido por una Administración Pública distinta de la que tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas, y transcurriera el plazo sin que aquél se hubiera evacuado, se podrán proseguir las actuaciones.

El informe emitido fuera de plazo podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución.”

➤ **3.2.1.12 Prohibición de agravar el procedimiento administrativo (artículo 1 apartado 1)**

“La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell’istruttoria.”

Esto significa que el responsable del procedimiento administrativo tiene que utilizar todos los medios instructores que el ordenamiento pone a su disposición sólo en la medida en que se sea necesaria y adecuada a la consecución del correspondiente objetivo. En presencia de circunstancias imprevisibles e independientes de la voluntad del responsable del procedimiento es posible agravar el procedimiento, justificándolo en la motivación del acto final, de otro modo el acto es ilegítimo y por tanto anulable. El agravamiento del procedimiento puede consistir o en un alargamiento de los plazos para su conclusión o bien en la exigencia de buscar ulteriores elementos de prueba.

➤ **3.2.1.13 Derecho de acceso**

El derecho a acceso es mencionado en este estudio solo para subrayar que el responsable del procedimiento también es competente en materia de solicitud de acceso sea cuando ésta sea presentada durante la instrucción, sea cuando éste sea presentada en un procedimiento concluido.

El artículo 22 apartado 2 L. 241/1990 expresamente reconoce el derecho de acceso como:

“principio generale dell’attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l’imparzialità e la trasparenza”.

El apartado 1 establece que por documentación administrativa (objeto del derecho de acceso) debe entenderse:

“ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale”.

En materia de contratos públicos:

“il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni” (artículo 13 apartado 1 D. Lgs. 12 de abril 2006 n. 163).

Sin embargo en esta materia el derecho a acceso es excluido:

“a) alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali; (...) c) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici.” (Artículo 13 inciso 5 letras a) y c)).

El T.A.R. Abruzzo (Pescara) sección I en la sentencia de 12 de abril de 2013, n. 217 aclara cuál es el sentido del artículo 13 apartado 5 letra c) que comentamos. Argumenta el T.A.R. que con la locución “«pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici» il legislatore ha inteso la ragione dell'esclusione solo nel non fornire alla controparte tutti quelli elementi che fanno parte della strategia difensiva da attuare da parte della pubblica amministrazione per tutelare la propria posizione in vista di liti potenziali o in corso⁴⁴⁴. Viceversa quando il parere legale è stato reso nel corso di un procedimento amministrativo finalizzato al pronunciamento finale da parte della pubblica amministrazione sull'istanza dell'interessato, e sia stato esso richiamato nel provvedimento medesimo, il giudice amministrativo ritiene che non vi siano ragioni per cui tale parere legale debba essere sottratto al diritto di accesso. Infatti in questo caso il parere legale rientra negli atti istruttori finalizzati a motivare la decisione finale della pubblica amministrazione”⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ Estamos aquí en presencia de una relación privada entre la Administración y el profesional (abogado) de su confianza, para estudiar una estrategia defensiva contra eventuales peleas potenciales o en curso.

⁴⁴⁵ Dado que en materia de procedimientos administrativos el principio general es el reconocimiento del derecho de acceso de los interesados, a exclusión de las excepciones introducidas expresamente por la ley, el T.A.R. argumenta que “in estrema sintesi, in materia di pareri legali forniti alla p.a., occorre distinguere due diverse ipotesi: a) l'ipotesi in cui la consulenza legale esterna si inserisce nell'ambito di un'apposita istruttoria procedimentale, nel senso che il parere è richiesto al professionista con l'espressa indicazione della sua funzione endoprocedimentale ed è poi richiamato nella motivazione dell'atto finale; ed in tale ipotesi la consulenza legale, pur traendo origine da un rapporto privatistico normalmente caratterizzato dalla riservatezza della relazione tra professionista e cliente, è soggetta all'accesso perché oggettivamente correlata ad un procedimento amministrativo. b) l'ipotesi in cui la consulenza sia richiesta dopo l'avvio di un procedimento contenzioso, o dopo l'inizio di tipiche attività precontenziose ai fini di stabilire la strategia difensiva dell'amministrazione, per cui il parere del legale non è affatto destinato a sfociare in una determinazione amministrativa finale, ma mira a fornire all'ente pubblico tutti gli elementi tecnico-giuridici utili per tutelare i propri interessi: in questa

3.3 Las responsabilidades del responsable del procedimiento

La ley 241/1990 enumera algunas de las varias responsabilidades en las cuales puede incurrir el responsable del procedimiento⁴⁴⁶.

Sin embargo también dichas responsabilidades – originadas por la acción u acciones u omisiones del responsable del procedimiento - son atribuibles a las áreas típicas de responsabilidad en que puede incurrir el funcionario público *tout court*⁴⁴⁷: responsabilidad civil, penal o administrativa y disciplinaria. Si el responsable del procedimiento detenta también una jefatura, entonces su acción u omisión también puede determinar la responsabilidad como jefe («responsabilità dirigenziale»).

ipotesi, tali consulenze restano caratterizzate dalla riservatezza, che mira a tutelare non solo l'opera intellettuale del legale, ma anche la stessa posizione della p.a., la quale esercitando il proprio diritto di difesa protetto costituzionalmente, deve poter fruire di una tutela non inferiore a quella di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento”.

⁴⁴⁶ **Artículo 2 inciso 9:** “La mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente”

Artículo 2 inciso 9-bis: “L'organo di governo individua, nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione, il soggetto cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia. Nell'ipotesi di omessa individuazione il potere sostitutivo si considera attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o in mancanza al funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione. Per ciascun procedimento, sul sito internet istituzionale dell'amministrazione è pubblicata, in formato tabellare e con collegamento ben visibile nella homepage, l'indicazione del soggetto a cui è attribuito il potere sostitutivo e a cui l'interessato può rivolgersi ai sensi e per gli effetti del comma 9-ter. Tale soggetto, in caso di ritardo, comunica senza indugio il nominativo del responsabile, ai fini della valutazione dell'avvio del procedimento disciplinare, secondo le disposizioni del proprio ordinamento e dei contratti collettivi nazionali di lavoro, e, in caso di mancata ottemperanza alle disposizioni del presente comma, assume la sua medesima responsabilità oltre a quella propria”

Artículo 2-bis: “Le pubbliche amministrazioni (...) sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”.

Artículo 5 inciso 1 “Il dirigente di ciascuna unità organizzativa provvede ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all'unità la responsabilità della istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale”.

Artículo 14-ter inciso 6-bis: “(...)La mancata partecipazione alla conferenza di servizi ovvero la ritardata o mancata adozione della determinazione motivata di conclusione del procedimento sono valutate ai fini della responsabilità dirigenziale o disciplinare e amministrativa, nonché ai fini dell'attribuzione della retribuzione di risultato. Resta salvo il diritto del privato di dimostrare il danno derivante dalla mancata osservanza del termine di conclusione del procedimento ai sensi degli articoli 2 e 2-bis”.

Artículo 19 inciso 6-bis: “Nei casi di Scia in materia edilizia, il termine di sessanta giorni di cui al primo periodo del comma 3 è ridotto a trenta giorni. Fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui al comma 4 e al comma 6, restano altresì ferme le disposizioni relative alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e dalle leggi regionali”.

⁴⁴⁷ Si el funcionario público también tiene la condición de jefe de unidad administrativa igualmente puede incurrir en una responsabilidad especial vinculada al ejercicio de una jefatura.

Para hacer más fácil la exposición de este argumento trataremos separadamente tales responsabilidades, teniendo sobre todo en cuenta aquéllas conductas que más que ningún otra pueden determinar responsabilidades en relación al procedimiento administrativo. Conviene recordar que una conducta individual puede suponer la violación de varias normas relativas a los distintos tipos de responsabilidad que vamos a enumerar.

3.3.1 La responsabilidad administrativa

En Italia con el término «responsabilidad administrativa» se entiende exclusivamente la responsabilidad de los agentes públicos (funcionarios y personal laboral) ante la Administración, por los daños causados directamente (por los agentes públicos en los bienes o derechos de la Administración) o indirectamente (daños causados a terceros que han dirigido su reclamación no contra el agente sino contra la Administración y han obtenido de ella el correspondiente resarcimiento: la acción de regreso «azione di rivalsa»).

Por lo tanto la responsabilidad administrativa (en la práctica indicada como «responsabilità erariale o danno erariale») es la consecuencia de un daño producido por el funcionario público a las cajas de la Administración y que obliga a este último a indemnizarla por el daño.

En Italia la responsabilidad administrativa (o sea de los agentes públicos ante la Administración) ha recibido una gran atención doctrinal y es objeto de una regulación y una jurisdicción (la del Tribunal de Cuentas «Corte dei conti») específicas.

La responsabilidad administrativa surge debido a una gestión deficiente debida a culpa grave (grave impericia, negligencia o imprudencia) o dolo por parte del funcionario público. Junto a la culpa grave y el dolo el funcionario debe haber producido también un daño a la Administración a que pertenece. Todos estos elementos dan lugar a un juicio resarcitorio ante el Tribunal de Cuentas.

El objeto de la acción de responsabilidad administrativa es el daño sufrido por la Administración en virtud de un comportamiento ilícito (culpa grave o dolo) tenido por un empleado público dependiente o por un miembro del órgano directivo.

El daño a que hace referencia la responsabilidad administrativa es de carácter patrimonial («cd. danno erariale») e incluye el daño emergente (o sea el efectivo es decir la efectiva pérdida patrimonial) y el lucro cesante (es decir la falta de incremento patrimonial para el ente público)

En materia de responsabilidad administrativa es competente el Tribunal de Cuentas. El artículo 1 apartado 4 Ley 14 de enero de 1994 n. 20⁴⁴⁸ establece que:

“La Corte dei conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici”.

El mismo artículo añade que:

“La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali. Il relativo debito si trasmette agli eredi secondo le leggi vigenti nei casi di illecito arricchimento del dante causa e di conseguente indebito arricchimento degli eredi stessi”.

La responsabilidad es personal y el criterio de imputación subjetiva está constituido por el dolo⁴⁴⁹ y por la culpa⁴⁵⁰, junto a la presencia del nexo causal⁴⁵¹.

Para el responsable del procedimiento la culpa grave puede derivar de errores profesionales no disculpables por constituir una interpretación errónea de normas claras y no susceptibles de una interpretación equívoca; o bien causadas por elecciones erradas durante la fase instructoria sobre la base de equivocadas convicciones personales sin tener en cuenta los órdenes del superior jerárquico.

Para haber responsabilidad administrativa es necesaria la presencia de los siguientes elementos: relación de servicio, el elemento objetivo de la conducta (acción u omisión), el elemento psicológico del dolo o la culpa grave, el daño (es decir el perjuicio de tipo patrimonial al ente público de pertenencia), y en fin el nexo de causalidad.

⁴⁴⁸ Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti.

⁴⁴⁹ Comportamiento psicológico debido a la voluntad del público dependiente de violar las obligaciones de servicio con la conciencia de hacer un daño a la Administración (Tribunal de Cuentas, sección Umbria, sentencia 28 de junio de 2004, n. 275).

⁴⁵⁰ Inobservancia no disculpable de las obligaciones de servicio acompañada por una desatención mayúscula de unas mínimas reglas de diligencia, prudencia y pericia por parte del empleado público (Tribunal de Cuentas, sección Sardinia, sentencia 22 de diciembre de 1997, n. 82; Tribunal de Cuentas, sección II, sentencia 30 de marzo de 1985 n. 71).

⁴⁵¹ Vid. Tribunal de Cuentas, sección Campania, sentencia 13 de julio de 2005, n. 683

Sin embargo como precisa el artículo 1-*bis* L. 20/1994 para el resarcimiento del daño el juez del Tribunal de Cuentas tendrá que tener en cuenta también las ventajas conseguidas por la Administración como consecuencia del comportamiento ilegítimo del empleado público.

El derecho al resarcimiento por la Administración prescribe a los 5 años:

“Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in ogni caso in cinque anni, decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso, ovvero, in caso di occultamento doloso del danno, dalla data della sua scoperta” (artículo 1 apartado 2 L. 20/1994)

La deuda sólo se transmite a los herederos en el caso de que se produzca un enriquecimiento injusto por parte del *dante causa*.

Existen dudas acerca de la responsabilidad por el daño a la Administración por parte del funcionario responsable del procedimiento cuando este no tenga la competencia para dictar el acto final⁴⁵². La doctrina ha argumentado que el daño debería ser imputado sólo al jefe de la unidad administrativa en cuanto autor del acto final que va a incidir en la esfera jurídica de los terceros, y no también al responsable del procedimiento, ya que la producción de eventuales faltas en el desarrollo de la instrucción se podrían considerar como “desterradas” dentro del procedimiento⁴⁵³. Por consiguiente la responsabilidad administrativa del responsable del procedimiento surgiría solo en el caso de que tenga también la competencia para dictar el acto final⁴⁵⁴.

A este respecto conviene recordar que la designación del responsable del procedimiento por parte del jefe de la unidad administrativa no le priva del deber de velar por el procedimiento. Por tanto, en caso de que el responsable del procedimiento realice acciones incorrectas obliga a intervenir a la jefatura de la unidad administrativa.

En fin, según la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas la responsabilidad de la jefatura no podría eximirse por considerar a existencia de un error disculpable por su parte en el caso arriba

⁴⁵² Véase también L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Ed. Civitas, 2005; del mismo Autor, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Ed. Aranzadi, 2007.

⁴⁵³ Vid. M. DE PAOLIS, *ob. cit.*, pág. 353.

⁴⁵⁴ Vid. M.L. ROMANO, La figura del responsabile del procedimento ex lege 7 agosto 1990, n. 241, nell'ambito della Corte dei Conti, en *Rivista Corte dei Conti*, 1993, 1, IV, pág. 317.

descrito. En efecto, argumenta el Tribunal, que el jefe de la unidad administrativa, al presumirse su alto grado de profesionalidad, siempre si le exige que conozca las normas aplicables en un determinado procedimiento administrativo⁴⁵⁵.

3.3.2 La responsabilidad disciplinaria.

La responsabilidad disciplinaria es la responsabilidad de los funcionarios que realizan acciones u omisiones que comportan violaciones de los deberes de los empelados públicos contenidos en el contrato colectivo de trabajo, en el contrato individual, en el código de comportamiento de los empleados públicos, y naturalmente en la ley.

Entre los deberes que pueden tener un peso específico con respecto al responsable del procedimiento administrativo conviene señalar el deber de respetar el principio de imparcialidad y de buen funcionamiento, fijados directamente por el artículo 97 de la Constitución. Dichos principios se concretan en la prohibición de utilizar para fines privados informaciones de que se disponga por razón del cargo; en la obligación de respetar el secreto profesional de conformidad con lo previsto por el artículo 24, L241/1990; en la obligación de dar al ciudadano todas las informaciones a las que tenga derecho, de acuerdo con los principios de transparencia y acceso, tal y como están regulados en la L. 241/1990; en la prohibición de pedir o aceptar, por cualquier título, remuneraciones, bienes u cualquier otro beneficio por su prestación laboral; en la obligación de actuar de acuerdo con criterios de imparcialidad, colaboración y transparencia; en la obligación de observar los estándares de calidad del servicio indicados en la Carta de servicios; en la obligación de simplificación de la actividad administrativa a favor de los ciudadanos y las empresas (obligación que comporta el deber de respetar las disposiciones en tema de autocertificación).

⁴⁵⁵ Tribunal de Cuentas, sección jurisdiccional Campania, sentencia 6 de julio de 2009, n. 750: “Giova ricordare, in proposito, come la giurisprudenza di questa Corte sia consolidata nel non ravvisare ignoranza e/o errore scusabile laddove vengano in questione norme che il pubblico funzionario è tenuto a conoscere in quanto strumentali allo svolgimento della propria attività: detto canone ermeneutico è altresì correlato alla qualifica rivestita dal dipendente, risultando naturalmente viepiù esigui gli spazi ammissibili per tali scriminanti nei riguardi dei dirigenti, in quanto personale contraddistinto da elevata professionalità”.

De las relaciones entre el procedimiento disciplinario y el procedimiento penal se ocupa el artículo 55-ter D.Lgs. 165/2000 y el artículo 653 del Código procesal penal (c.p.p.). Sin embargo conviene precisar que en el empleo público, la punibilidad penal y la punibilidad disciplinaria se colocan en planos absolutamente diferentes, por cuanto la Administración siempre conserva el poder de realizar una evaluación autónoma del delito en el ámbito del procedimiento disciplinario⁴⁵⁶. Por consiguiente, también en presencia de una sentencia penal de absolución en sede penal, puede ocurrir que los mismos hechos sean sancionados en el procedimiento disciplinario⁴⁵⁷.

El procedimiento disciplinario, que tenga por objeto, en todo o en parte, hechos en relación a los cuales procede la autoridad judicial, puede seguir adelante con independencia del procedimiento penal (artículo 55-ter D.Lgs. 165/2000). Sin embargo:

“Per le infrazioni di maggiore gravità, di cui all'articolo 55-bis, comma 1, secondo periodo⁴⁵⁸, l'ufficio competente, nei casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al dipendente e quando all'esito dell'istruttoria non dispone di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione, può sospendere il procedimento disciplinare fino al termine di quello penale, salva la possibilità di adottare la sospensione o altri strumenti cautelari nei confronti del dipendente.”

⁴⁵⁶ Sentencias Consejo de Estado, sección IV, 7 de noviembre de 2012, n. 5669 y 3 de mayo de 2011 n. 2643.

⁴⁵⁷ Consejo de Estado, sección III, sentencia 22 de agosto de 2012, n. 4587; Consejo de Estado, sección IV, sentencia 26 de julio de 2012, n. 4257; Consejo de Estado, sección VI, sentencia 5 de diciembre de 2005, n. 6944; Consejo de Estado, sección IV, sentencia 25 de febrero de 2005, n. 972. En estos casos pero la aplicación de la sanción disciplinaria necesita una motivación profundizada.

A esta regla sólo hacen excepción los siguientes casos:

- i) artículo 653 c.p.p.: “1. La sentenza penale irrevocabile di assoluzione ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso. 1-bis. La sentenza penale irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso”. El T.A.R. Sicilia (Palermo), sez. I, con sentencia 14 de marzo de 2005, n. 366 sostuvo que también en este último caso la administración pública tiene el derecho en evaluar autonomamente.
- ii) artículo 55-ter inciso 3 D.Lgs. 165/2001 “Se il procedimento disciplinare si conclude con l'archiviazione ed il processo penale con una sentenza irrevocabile di condanna, l'autorità competente riapre il procedimento disciplinare per adeguare le determinazioni conclusive all'esito del giudizio penale. Il procedimento disciplinare è riaperto, altresì, se dalla sentenza irrevocabile di condanna risulta che il fatto addebitabile al dipendente in sede disciplinare comporta la sanzione del licenziamento, mentre ne è stata applicata una diversa.”.

⁴⁵⁸ Son las infracciones punibles con sanciones superiores a la amonestación e inferiores a la suspensión de empleo con suspensión de sueldo por más de diez días.

3.3.3 La responsabilidad civil hacia terceros

➤ 3.3.3.1 La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

En Italia la jurisprudencia civil (de los tribunales, en general, y de la Corte de Casación «Corte di Cassazione», en particular) y después el 1998⁴⁵⁹ también la administrativa (T.A.R. y Consejo de Estado) en materia de responsabilidad civil de la Administración cobra una importancia crucial⁴⁶⁰. Conviene adelantar que la sentencia 500/1999, de 22 de julio, de la Corte de Casación, ha acabado con la peculiaridad más importante del sistema italiano de responsabilidad patrimonial: la irresarcibilidad de los intereses legítimos.

Por último si precisa que el tema de la responsabilidad civil, en particular extracontractual, de la Administración se enriquece con las sentencias de la Corte de Justicia europea. Como señala CHITI “nella fondamentale sentenza del 1963 Van Gend & Loos(5), che, nel riconoscere i cittadini degli Stati membri come soggetti dell'ordinamento comunitario, affermò che questo comportava anche dei diritti che divenivano parte del loro patrimonio legale (punto 30 della sentenza). Non fu pertanto sorprendente - almeno per i più attenti osservatori - che nella sentenza Francovich la Corte affermasse che l'effettività del diritto comunitario e della tutela dei singoli sarebbe stata invalidata se i singoli non avessero legittimazione ad agire anche nei confronti degli Stati per violazioni di diritto comunitario. Ancora più chiaramente, nella sentenza Brasserie du Pêcheur-Factortame la Corte ha indicato che il principio della responsabilità extracontrattuale «altro non è se non un'enunciazione del generale principio, riconosciuto negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, in forza del quale un'azione o un'omissione illegittima comporta l'obbligo della riparazione del danno arrecato»”⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ Hasta el Decreto legislativo 80/1998, de 31 de marzo, sólo la jurisdicción civil podía declarar la responsabilidad civil de la Administración italiana. A partir de esta fecha el legislador italiano dispuso que sobre ciertas materias la competencia exclusiva para declarar la responsabilidad civil de la Administración fuera del juez administrativo.

⁴⁶⁰ En relación a los daños que indemnizar, el juez administrativo además de los daños patrimoniales también reconoce los daños morales. La cuantificación de tales daños es efectuada utilizando los criterios del juez civil, es decir se utiliza los tableros usados por el Tribunal civil de Milán en materia de accidentes (Vid. Consejo de Estado, sección V, sentencia 28 de febrero de 2013 n. 1220).

⁴⁶¹ M. P. CHITI, La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009. Vid. también G. DOMÉNECH PASCUAL, Responsabilidad patrimonial de la Administración por

La responsabilidad civil contractual y extracontractual de la Unión europea está sentada en el artículo 340 apartados 1 y 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 288 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea):

“La responsabilidad contractual de la Unión se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate.

En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.”

En Italia para haberse responsabilidad civil de la Administración, hace falta que como consecuencia de un acto ilegítimo se haya producido un daño injusto, y que dicho daño haya sido cometido con dolo o bien con culpa⁴⁶². Esto significa que en Italia la responsabilidad de la Administración se fundamenta en el elemento subjetivo del dolo o de la culpa.

La jurisprudencia administrativa ha identificado la culpa de la Administración con la violación de los principios de imparcialidad, y buen funcionamiento del artículo 97 de la Constitución. Es decir que las violaciones de los principios de de imparcialidad y buen funcionamiento que dan lugar a su responsabilidad deben ser originados por negligencia, omisión, o también por errores en la interpretación de las normas no disculpables. Se trata en buena medida de la violación de aquellas reglas de conducta y prudencia exigibles a cualquier ciudadano, a las que la acción administrativa tiene que atenerse constantemente y cuya violación de lugar al acto ilícito⁴⁶³.

La responsabilidad de la Administración se materializa en la responsabilidad contractual y extracontractual.

La responsabilidad contractual está regulada en el artículo 1218 del Código civil según el cual:

“il debitore che non esegue esattamente la prestazione è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che

actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa? en *Revista de Administración Pública*, núm. 183, septiembre-diciembre (2010), págs. 179-231

⁴⁶² Consejo de Estado, sección V, sentencia 2 de mayo de 2013, n. 2388; Corte de Casación civil, sección III, sentencia 28 de octubre de 2011, n. 22508; Corte de Casación civil, sección III, sentencia 23 de febrero de 2010, n. 4326.

⁴⁶³ Cfr. Consejo de Estado, sección III, sentencia 6 de mayo de 2013, n. 2452; Consejo de Estado, sección IV, sentencia 7 de enero de 2013, n. 23; Consejo de Estado, sección V, sentencia 13 de julio de 2006, n. 4440. En el mismo sentido cfr. T.A.R. Calabria (Catanzaro), sección I, sentencia 21 de marzo 2013, n. 299; T.A.R. Sicilia (Catania), sección II, sentencia 17 de enero de 2013, n. 106.

l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".

La responsabilidad contractual prescribe a los 10 años.

La responsabilidad extracontractual está regulada por el artículo 2043 del Código civil el cual dispone:

“Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.

La responsabilidad extracontractual prescribe a los 5 años.

Conviene recordar que la resarcibilidad del daño ex artículo 2043 c.c. hasta el 1999 era posible solo por lesión de derechos subjetivos. La histórica sentencia del 27 de julio de 1999 n. 500 de las Secciones Unidas de la Corte de casación también ha permitido la resarcibilidad de los intereses legítimos.⁴⁶⁴.

⁴⁶⁴ La Corte de casación ha argumentado que “Non può negarsi che nella disposizione in esame” el artículo 2043 del código civil italiano “risulta netta la centralità del danno, del quale viene previsto il risarcimento qualora sia "ingiusto", mentre la colpevolezza della condotta (in quanto contrassegnata da dolo o colpa) attiene all'imputabilità della responsabilità. L'area della risarcibilità (...) è quindi definita (...) da una clausola generale, espressa dalla formula «danno ingiusto», in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, e cioè il danno arrecato non iure, da ravvisarsi nel danno inferito in difetto di una causa di giustificazione (non iure), che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento (...).Ne consegue che la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma (secondaria), volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui. In definitiva, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante. Quali siano gli interessi meritevoli di tutela non è possibile stabilirlo a priori (...).Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art. 2043 c.c., è quindi quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un "danno ingiusto", ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza. Comparazione e valutazione che, è bene precisarlo, non sono rimesse alla discrezionalità del giudice, ma che vanno condotte alla stregua del diritto positivo, al fine di accertare se, e con quale consistenza ed intensità, l'ordinamento assicura tutela all'interesse del danneggiato, con disposizioni specifiche (così risolvendo in radice il conflitto, come avviene nel caso di interesse protetto nella forma del diritto soggettivo, soprattutto quando si tratta di diritti costituzionalmente garantiti o di diritti della personalità), ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili diversi dalla tutela risarcitoria), manifestando così una esigenza di protezione (nel qual caso la composizione del conflitto con il contrapposto interesse è affidata alla decisione del giudice, che dovrà stabilire se si è verificata una rottura del "giusto" equilibrio intersoggettivo, e provvedere a ristabilirlo mediante il risarcimento). (...)Una volta stabilito che la normativa sulla responsabilità aquiliana ha funzione di riparazione del "danno ingiusto", e che è ingiusto il danno che l'ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito sull'autore del fatto, in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, quale che sia la loro qualificazione formale, ed in particolare senza che assuma rilievo determinante la loro qualificazione in termini di diritto soggettivo, risulta superata in radice, per il venir meno del suo presupposto formale, la tesi che nega la risarcibilità degli interessi legittimi quale corollario della tradizionale lettura dell'art. 2043 c.c.

El Consejo de Estado y la Corte de Casación han apuntado que la imputación a título de culpa “non può avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell’azione amministrativa, essendo necessaria la prova della violazione dei limiti interni alla discrezionalità costituiti dal dovere di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione”⁴⁶⁵. Sin embargo para la prueba del elemento subjetivo (culpa o dolo) la Corte de casación ha subrayado que “non è comunque richiesto al privato danneggiato (...) un particolare sforzo probatorio, sotto il profilo dell’elemento soggettivo (...). Il privato danneggiato può, quindi, invocare l’illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà a quel punto all’amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile”⁴⁶⁶.

En cambio – según una orientación consolidada en la jurisprudencia - el ciudadano debe probar de modo riguroso la existencia del daño en dos aspectos: daño emergente y lucro cesante⁴⁶⁷.

La responsabilidad de la Administración pública italiana, por tanto, queda normalmente sujeta al requisito de la culpa, y sólo en algunos casos excepcionales deviene objetiva (véase párrafo 3.2.1.3. indemnización para mero retraso)

Cuando la ilegitimidad del acto haya sido determinada por un error disculpable, no se produce la obligación de resarcir el daño. El error disculpable se ocasiona todas las veces que la Administración se enfrenta ante una objetiva incertidumbre exegética del cuadro normativo debido

La lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra infatti nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto. Ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale. Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo (...), effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo”.

⁴⁶⁵ Corte di Casación, Secciones Unidas, sentencia 500/1999 ; Consejo de Estado, sección VI, sentencia 23 de junio de 2006 n. 398.

⁴⁶⁶ Corte di casación, sentencia 500/1999 *cit*

⁴⁶⁷ Consejo de Estado, sección V, sentencia 28 de febrero de 2011 n. 1271.

a la existencia de jurisprudencia contradictoria o confusa sobre la interpretación de una norma⁴⁶⁸, o bien ante la incertidumbre del cuadro normativo de referencia⁴⁶⁹, debida a una formulación imprecisa de las normas vigentes desde hace poco tiempo. También la complejidad de un hecho y la ilegitimidad consiguiente a la declaración de inconstitucionalidad de una norma pueden dar lugar al error disculpable⁴⁷⁰. En todos estos casos la Administración no está obligada a indemnizar el eventual daño que se pueda producir.

➤ 3.3.3 2 La responsabilidad civil del empleado público

La responsabilidad civil en que puede incurrir un funcionario público, hace referencia a los daños provocados en la esfera jurídica ajena.

El artículo 28 de la Constitución ha introducido el principio de la responsabilidad civil solidaria y directa entre la Administración y los funcionarios públicos por la resarcibilidad de los daños producidos a terceros:

“I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”.

El Decreto del Presidente de la República (D.P.R.) de 10 de enero de 1957, n. 3 “Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato” (todavía en vigor) – aplicable también a los administradores y funcionarios públicos de los entes locales a causa del artículo 93 apartado 1 del Decreto Legislativo 267/2000 – en su artículo 22 dispone que el funcionario público que, en el ejercicio de las atribuciones que le son otorgadas por las leyes o los reglamentos, produzca a otros un daño injusto, según el artículo 23, está obligado personalmente a indemnizarlo.

El artículo 23 D.P.R. 3/1957 precisa que es daño injusto aquel derivado de una violación de los derechos de terceros que el funcionario haya cometido por dolo o por culpa grave. Por tanto, la

⁴⁶⁸ Consejo de Estado, sección IV, sentencia 29 de agosto de 2012, n. 4642;

⁴⁶⁹ Consejo de Estado, sección V, sentencia 13 de julio de 2006, n. 4440.

⁴⁷⁰ Consejo de Estado, sección VI, sentencia 9 de junio de 2008, n. 2751.

responsabilidad solidaria de los funcionarios y de la Administración existe sólo cuando los primeros hayan actuado con dolo o culpa grave. En cambio en caso de culpa leve del daño sólo responde la Administración⁴⁷¹.

Además, el citado artículo 23 apartado 2 D.P.R. 3/1957 dispone que la responsabilidad personal del empleado existe tanto en el caso de que la violación del derecho del tercero se produzca por el cumplimiento de actos o actuaciones, como cuando la violación consista en la omisión o en el retraso injustificado en realizar actos o actuaciones a cuyo cumplimiento el empleado sea obligado por ley o por reglamento.

El ciudadano dañado puede proponer alternativamente solicitud de indemnización sea a la Administración, sea al funcionario público que ha causado el daño. En caso de que el ciudadano elija solicitar directamente los daños a la Administración, después de la publicación de la sentencia que la condena a indemnizar los daños, el Tribunal de Cuentas puede ejercer una acción de repetición con respecto al dependiente o de los dependientes que hayan causado el daño y que ha obligado la pública administración a indemnizar. En efecto es el mismo artículo 103 de la Constitución que otorga una competencia general al Tribunal de cuentas en materia de tutela de la contabilidad pública. En el caso que estamos examinando el Tribunal de Cuentas tiene la tarea de reintegrar el patrimonio público menguado a causa del reembolso del daño que ha tenido que pagar la Administración.

La sentencia de condena al resarcimiento del daño puede ser dictada sea por el juez civil, sea también por el juez administrativo cuando se trata de daño al interés legítimo.

⁴⁷¹ Consejo de Estado, sección VI, sentencia 23 de junio de 2006, n. 3981 “Infatti, mentre per la responsabilità della pubblica amministrazione è sufficiente la colpa, anche lieve, dell'apparato, i pubblici dipendenti sono chiamati a rispondere, anche nell'azione diretta del terzo danneggiato, solo a titolo di colpa grave, come esplicitato dall'art. 23 del T.U. n. 3/1957, richiamato anche per gli altri settori del pubblico impiego, in cui la responsabilità verso i terzi dei dipendenti è limitata alle violazioni commesse con dolo o colpa grave”.
Consejo de Estado, sección IV, sentencia 18 de noviembre de 2013, n. 5458 “Come già accennato, la giurisprudenza ha in passato osservato – e non v'è ragione per discostarsi da tale approdo - che, perché possa configurarsi la responsabilità della p.a. è sufficiente la colpa, anche lieve dell'apparato amministrativo (Consiglio Stato, sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981).”

El funcionario público no se ve afectado por el resarcimiento del daño solo cuando lo haya cometido careciendo de capacidad de entender y de querer, en caso de estado de necesidad, o bien en caso fortuito o fuerza mayor.

La responsabilidad solidaria civil de la Administración junto con el empleado público sólo existe en los casos en que este último haya cometido el daño durante el cumplimiento de las funciones que tiene asignadas. En cambio cuando el daño haya sido cometido fuera del ejercicio de las tareas y de las funciones inherentes a la Administración, responderá solo y exclusivamente el funcionario público⁴⁷².

En materia de procedimiento administrativo el tipo de responsabilidad que puede desprenderse del cargo de responsable del procedimiento es de carácter procedimental y hace referencia al interés en que se desarrolle un procedimiento de acuerdo con las previsiones legales (denominado en italiano “justo procedimiento”).

Dicho interés exige por parte del responsable del procedimiento la competencia, la atención, la celeridad y la eficacia, parámetros necesarios de valoración de la acción administrativa. Sobre la base de dichos criterios hace falta proceder a la valoración de la existencia al menos del elemento de la culpa⁴⁷³.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado el interés al justo procedimiento hace referencia a una específica relación entre la Administración pública y el ciudadano que prescinde del hecho o acto productivo del daño y, por tanto, caracterizada por la pura y simple responsabilidad extracontractual. Esta relación – que ya en el lenguaje jurídico ha asumido la denominación de “contacto social calificado” o de “responsabilidad de contacto” - implica que la Administración durante el desarrollo de la tramitación procedimental está obligada a seguir no sólo las reglas

⁴⁷² Vid. Corte de Casación civil, sección III, sentencia 3 de diciembre de 1991, n. 12960; Consejo de Estado, sección VI, sentencia 26 de junio de 2003, n. 3850; V. TENORE, Responsabilità solidale della P.A. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: auspicabile il recupero di una nozione rigorosa di occasionalità necessaria con i fini istituzionali, en *LexItalia*, n. 2/2005.

⁴⁷³ T.A.R. Campania (Napoli), sección IV, 22 de mayo de 2013, n. 2441

generales de diligencia, prudencia y pericia, sino también y sobre todo aquellas reglas establecidas en la ley sobre el procedimiento administrativo⁴⁷⁴.

En este caso se habla de responsabilidad procedimental a causa de la inobservancia de los términos procedimentales previstos por las leyes o por los reglamentos, por violación de las reglas legales o de oportunidad de cada procedimiento administrativo, o por omisión de actos impuestos por el ordenamiento jurídico⁴⁷⁵. Por consiguiente la conclusión del procedimiento con retraso se le tiene que imputar al responsable del procedimiento. Análoga responsabilidad existe por la omisión o la inoportuna comunicación del acto administrativo a los destinatarios. Por fin el responsable del procedimiento responde más allá del respeto de los plazos. También responde por la inobservancia y la falta de aplicación de todas las disposiciones que reglamentan cada procedimiento, incluidas aquellas destinadas a garantizar el principio contradictorio entre la Administración y los ciudadanos. Igualmente responde de las faltas en la instrucción que implica no sólo la actividad de verificación y de comprobación, sino también de evaluación y de juicios técnicos y discrecionales⁴⁷⁶.

Sin embargo en esta sede conviene recordar las anteriores consideraciones hechas *supra* – en el párrafo sobre la responsabilidad administrativa – acerca de la responsabilidad directa de los jefes de las unidades administrativas por los daños provocados por el acto administrativo. En efecto es la jefatura la que tiene que desarrollar un atento control sobre la exactitud y sobre la plenitud de los datos y los resultados que surgen durante la instrucción llevada a cabo por el responsable del procedimiento antes de adoptar un acto administrativo⁴⁷⁷. Es competencia de los jefes verificar eventuales omisiones, posibles errores y, distorsiones de hechos o circunstancias que pueden

⁴⁷⁴ Consejo de Estado: sección VI, sentencia 18 de marzo de 2008, n. 1137; sección V, sentencia 2 de septiembre de 2005, n. 4461

⁴⁷⁵ Vid. V. PEDACI, In margine alla figura del responsabile del procedimento: funzioni e profili di responsabilità, en *Rivista amministrativa*, 2000, II, pág. 951.

⁴⁷⁶ Vid. M. DE PAOLIS, *ob. cit.*, pág. 352

⁴⁷⁷ Vid. E. CAPASSO, La responsabilità civile, penale e amministrativa del responsabile del procedimento, en *Rivista amministrativa*, 2011, 10-11, II, pág. 677.

condicionar la decisión final que pertenece a la esfera de atribución propia de la jefatura de la unidad administrativa competente para emitir el acto final⁴⁷⁸.

Por fin conviene recordar que existe plena autonomía y separación en la relación entre el proceso civil (delante del juez civil) y el proceso administrativo para precisar la responsabilidad administrativa del empleado público ante del juez del Tribunal de Cuentas. En efecto, en caso de que la Administración haya sido condenada por el juez civil a indemnizar los daños causados por los empleados públicos, esta sentencia civil no tiene eficacia vinculante en el proceso contable que tendrá que verificar la responsabilidad administrativa del funcionario público⁴⁷⁹.

3.3.4 La responsabilidad penal

Existe responsabilidad penal en caso de que la violación de los deberes de servicio también haya comportado la violación de normas jurídicas de carácter penal. La responsabilidad penal se engendra por una conducta omisiva o comisiva que viola una norma penal.

En esta sede nos detendremos sobre las violaciones de normas penales que tienen o pueden tener una estrecha unión con la actividad procedimental. Pues la atención tiene que ser dirigida sobre todo al delito de omisión y denegación de actos debidos⁴⁸⁰, al delito de abuso de autoridad⁴⁸¹ y al delito de falsificación de documentos públicos⁴⁸². Todos estos delitos pueden afectar no sólo el acto final, sino también a los actos intermedios del procedimiento.

⁴⁷⁸ Vid. M. DE PAOLIS, *ob. cit.*, pág. 352.

⁴⁷⁹ Vid. Tribunal de Cuentas, sección Umbria, sentencia 20 de diciembre de 2007, n. 261.

En efecto podría ocurrir que el juicio encaminado por el Tribunal de Cuentas respecto al público dependiente no produzca ningún efecto risarcitorio porque por ejemplo es faltante uno de los requisitos para tenerse responsabilidad administrativa, (dolo, culpa grave, nexo causal). En tal hipótesis la pública administración puede dirigirse al juez civil para promover la acción de regreso respecto a su dependiente.

⁴⁸⁰ Vid. V. VITALE, Omissione di atti d'ufficio e sua imputazione alla luce della legge n. 241/1990, en *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2000, 2, págs. 173-187; U. LIGUORI, Il responsabile del procedimento e il soggetto attivo del reato di cui all'art. 328 c.p.: due figure che spesso non coincidono, en *Temì Romana*, 1997, pág. 339; G. SANTACROCE, Il responsabile del procedimento amministrativo di fronte al giudice penale: l'incidenza del termine finale del procedimento nel delitto di omissione di atti d'ufficio, en *Consiglio di Stato*, 1993, II, 2013;

⁴⁸¹ Vid. Casación penal, sección VI, sentencia 20 de junio de 2000, n. 7290; Casación penal, sección III, sentencia 25 de junio de 2011, n. 43669; M. PINELLI, Art. 323 c.p. e profili di illiceità ravvisabili nei confronti del responsabile del procedimento per il rilascio del permesso di costruire, en *Cassazione penale*, 2012, 9, pág. 2935.

214 Casación penal, sección V, sentencia 30 de diciembre de 2003, n. 49417.

➤ 3.3.4.1 Delito de omisión y denegación de actos debidos

El delito de omisión y denegación de actos debidos está regulado por el artículo 328 Código penal (c.p.)⁴⁸³. Este delito se refiere al responsable del procedimiento cuando haya rechazado u omitido la adopción de un acto del procedimiento de carácter obligatorio por ley o por reglamento.

El apartado 1 del artículo 328 c.p. se refiere a los actos urgentes en materia de justicia, seguridad pública, orden público, higiene y sanidad.

Con este primer apartado del artículo 328 el legislador penal ha querido tutelar el interés público a la buena administración y a la transparencia de la acción administrativa⁴⁸⁴.

En los procedimientos administrativos los actos finales o intermedios que hacen referencia a dichas materias se caracterizan como actos necesarios y por tanto dotados de una relevancia autónoma⁴⁸⁵.

Para verificar la presencia del elemento subjetivo del delito de omisión de actos debidos, es necesaria una clara conciencia del comportamiento omisivo del empleado público, teniendo que representar y querer la realización de un acontecimiento *contra legem*⁴⁸⁶.

El segundo apartado del artículo 328 c.p., en cambio hace referencia a la denegación de actos debidos que tienen que ser cumplidos sin retraso.

En este segundo caso el legislador se propuso de tutelar el actuar de las estructuras públicas a través de la actuación de los empleados públicos. Quedan fuera de la tutela de la norma las omisiones de deberes de servicio privados de relevancia externa (en este caso el público

⁴⁸³ “Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni.

Fuori dei casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a milletrentadue euro. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa.”

⁴⁸⁴ Casación penal, sección II, sentencia 5 de mayo de 2011, n. 17345; Casación penal, sección VI, sentencia 30 de octubre de 2008, n. 40594; Casación penal, sección IV, sentencia 4 de febrero de 2003, n. 5376; Casación penal, sección VI, sentencia 29 de julio de 2003, n. 32019; Casación penal, sección VI, sentencia 9 de enero de 1998, n. 4316.

⁴⁸⁵ Casación penal, sección VI, sentencia 20 de septiembre de 2011, n. 34385.

⁴⁸⁶ Casación penal, sección VI, sentencia 5 de marzo de 2010, n. 8996.

dependiente sólo responderá en el nivel disciplinario)⁴⁸⁷, y las omisiones que hacen referencia a las relaciones entre Administraciones públicas⁴⁸⁸.

El delito de denegación de actos debidos se configura cuando la denegación se haya producido sin una válida justificación basada en una norma legal o reglamentaria, sobre un acto adoptado por la autoridad competente o bien sobre una situación configurable como una causa de absoluta imposibilidad⁴⁸⁹.

La tutela del artículo 328 apartado 2 c.p. prevé que el interesado haya presentado una solicitud al titular del órgano competente para dictar el acto. La solicitud tiene que afectar un derecho subjetivo o un interés legítimo⁴⁹⁰. El deber de contestar del empleado público presupone que se ha puesto en marcha un procedimiento administrativo⁴⁹¹. Entra dentro del ámbito de aplicación de la norma comentada la falta de comunicación por parte de la Administración, dentro del plazo de treinta días, de la solicitud del interesado en cuanto al tema de la unidad administrativa competente y del nombre del responsable del procedimiento, según el artículo 5 L. 241/1990.⁴⁹²

Por cuánto atañe al elemento subjetivo el dolo tiene que consistir en la conciencia y en la voluntad por parte del empleado público de denegar, o de retrasar el que se dicte un acto administrativo o se tramite un procedimiento con la conciencia de que, obrando así, se actúa de manera ilícita, o sea en violación de deberes que le son impuestos por el ordenamiento jurídico⁴⁹³.

➤ 3.3.4.2 Delito de abuso de autoridad

Del delito de abuso de autoridad se ocupa el artículo 323 c.p.⁴⁹⁴, que prevé el caso en el que el empleado público actúa violando normas legales o reglamentarias, o bien haya adoptado un acto

⁴⁸⁷ Casación penal, sección VI, sentencia 21 de marzo de 1996, n. 534.

⁴⁸⁸ Casación penal, sección VI, sentencia 23 de febrero de 1998, n. 2351.

⁴⁸⁹ Casación penal, sección VI, sentencia 12 de julio de 2000, n. 8117.

⁴⁹⁰ Casación penal, sección VI, sentencia 13 de noviembre de 2003, n. 43492; Casación penal, sección IV, sentencia 4 de mayo de 2001, n. 18033.

⁴⁹¹ Casación penal, sección VI, sentencia 4 de enero de 2012, n. 79.

⁴⁹² Casación penal, sección VI, sentencia 12 de agosto de 2009, n. 32837.

⁴⁹³ Casación penal, sección VI, sentencia 2 de agosto de 2007, n. 31669.

⁴⁹⁴ “Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, è punito con la reclusione da uno a quattro anni.

administrativo infringiendo el deber de abstención de tal manera que haya conseguido para sí mismo o para terceros una indebida ventaja patrimonial. La tipificación del citado delito sirve para la tutela del interés en el normal e imparcial funcionamiento de la Administración⁴⁹⁵.

El delito de abuso de autoridad está desvinculado de las patologías del acto administrativo (acto viciado por incompetencia, desviación de poder y violación de la ley sobre el procedimiento) (violazione di legge sul procedimento). En el delito de abuso de autoridad la violación de normas legales o reglamentarias representan un mero presupuesto de hecho para la integración de este delito⁴⁹⁶.

Por consiguiente el delito de abuso de autoridad se produce, sea cuando el empleado público haya incurrido en una conducta que viola en sentido literal, lógico o sistemático una determinada ley, sea cuando tal conducta contradiga la finalidad perseguida por la ley (por ejemplo cuando el empleado público utiliza el poder atribuido por la ley para conseguir un objetivo personal extraño al interés de la Administración. Se produce así una desviación de los fines del servicio y se lesiona el interés tutelado por el artículo 323 c.p.)⁴⁹⁷

Para que se dé el delito de abuso de autoridad hace falta el dolo intencional, o sea el funcionario público tiene que ejecutar la acción delictiva con conciencia y voluntad de abusar de los poderes inherentes a su función para conseguir una indebida ventaja patrimonial o bien para procurar a otros un daño injusto⁴⁹⁸. Por consiguiente, no existe delito de abuso de autoridad cuando la consecución de esa ventaja o daño injustos hayan sido previstos y aceptados como una posible consecuencia de la conducta, pero no hayan sido queridos⁴⁹⁹.

La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità.”

⁴⁹⁵ Casación penal, sección II, sentencia 1 de enero de 2012, n. 4253.

⁴⁹⁶ Vid. M. DE PAOLIS, *ob. cit.*, pág.634.

⁴⁹⁷ Casación penal, sección VI, sentencia 12 de noviembre de 2012, n. 43789; Casación penal, Secciones Unidas, sentencia 10 de enero de 2012, n. 155; Casación penal, sección VI, sentencia 30 de septiembre de 2011, n. 35597; Casación penal, sección VI, sentencia 1 de octubre de 2010, n. 35501.

⁴⁹⁸ Casación penal, sección VI, sentencia 27 de enero de 2011, n. 3039; Casación penal, sección VI, sentencia 6 de marzo de 2008, n. 10390; Casación penal, sección VI, sentencia 28 de septiembre de 2007, n. 35814.

⁴⁹⁹ Casación penal, sección VI, sentencia 25 de agosto de 2008, n. 33844.

➤ 3.3.4.3 Delito de falsificación de documentos públicos

El delito de falsificación de documentos públicos está regulado en el artículo 479 c.p.⁵⁰⁰ y se refiere al caso en que el empleado público expida certificados falsos.

No siempre la discordancia entre la realidad objetiva y el contenido del acto público certificante configura el delito de falsificación de documento público, sino sólo se puede atribuir a unas de las conductas señaladas con detalle en el artículo 479 c.p.⁵⁰¹

La norma aspira a tutelar la confianza de que deben gozar los actos públicos por parte del ordenamiento jurídico ⁵⁰². Pues en materia de delito de falsificación de documentos públicos, el dolo se identifica exclusivamente con la voluntad y conciencia de certificar lo falso, no siendo exigible ni una voluntad de dañar, ni el convencimiento de producir un daño ⁵⁰³.

El dolo tiene que ser probado. El dolo se excluye en todos aquellos casos en que la falsedad sea fruto de una ligereza o de una negligencia no reprochable al funcionario ⁵⁰⁴, o bien cuando el acto sea el resultado de una incompleta o errónea interpretación de disposiciones normativas o una negligente aplicación de una praxis administrativa ⁵⁰⁵.

Sin embargo conviene precisar en esta sede que sí concurrirán todos los extremos del delito de falsificación de documentos públicos cuando el responsable del procedimiento certifique como verdaderos unos hechos, en realidad inexistentes, por no haber procedido a realizar los necesarios controles y comprobaciones⁵⁰⁶.

⁵⁰⁰ “Il pubblico ufficiale, che ricevendo o formando un atto nell'esercizio delle sue funzioni, attesta falsamente che un fatto è stato da lui compiuto o è avvenuto alla sua presenza, o attesta come da lui ricevute dichiarazioni a lui non rese, ovvero omette o altera dichiarazioni da lui ricevute, o comunque attesta falsamente fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, soggiace alle pene stabilite nell'art. 476”.

⁵⁰¹ Casación penal, sección VI, sentencia 19 de agosto de 1994, n. 8996; Casación penal, sección VI, sentencia 3 de agosto de 1984, n. 7012.

⁵⁰² Casación penal, sección V, sentencia 2 de agosto de 1983, n. 7184.

⁵⁰³ Casación penal, sección V, sentencia 22 de abril de 2005, n. 15255; Casación penal, sección V, sentencia 23 de febrero de 2005, n. 6820; Casación penal, sección V, sentencia 8 de abril de 1999, n. 4385.

⁵⁰⁴ Casación penal, sección VI, sentencia 9 de abril de 2009, n. 15485; Casación penal, sección V, sentencia 21 de febrero de 2000, n. 1963.

⁵⁰⁵ Casación penal, sección V, sentencia 21 de junio de 2004, n. 27770.

⁵⁰⁶ Casación penal, sección V, sentencia 30 de junio de 1987, n. 7867; Casación penal, sección V, sentencia 28 de febrero de 1983, n. 1744.

3.3.5 La responsabilidad de los dirigentes («responsabilità dirigenziale»)

Se trata de una responsabilidad específica que solo afecta a los sujetos que tienen la categoría de jefes de unidades administrativas.

La responsabilidad por ejercer funciones de jefatura ha sido introducida por el artículo 21 D. Lgs. 165/2001⁵⁰⁷.

Se trata de una responsabilidad ligada a la gestión estrechamente unida a eventuales resultados negativos producidos por el jefe en el desarrollo de los objetivos estratégicos asignados por el órgano competente⁵⁰⁸. Ella concierne sea la actividad administrativa en general desarrollada por la unidad administrativa, que la gestión de los recursos humanos y financieros.

La frustración de los objetivos puede deberse a una violación culpable de las instrucciones impartidas por el órgano competente, sea - o junto - por la falta de vigilancia sobre el personal bajo su dependencia con relación a los estándares cualitativos y cuantitativos.

El artículo 21 *cit.* expresamente prevé que:

“Il mancato raggiungimento degli obiettivi accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione (...) ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente comportano (...) l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale. In relazione alla gravità dei casi, l'amministrazione può inoltre, (...) revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli di cui all'articolo 23 ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo”.

⁵⁰⁷ Artículo 21 D. Lgs. 165/2001 “1. Il mancato raggiungimento degli obiettivi accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione di cui al Titolo II del decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente comportano, previa contestazione e ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo, l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale. In relazione alla gravità dei casi, l'amministrazione può inoltre, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio, revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli di cui all'articolo 23 ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo.

1-bis. Al di fuori dei casi di cui al comma 1, al dirigente nei confronti del quale sia stata accertata, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio secondo le procedure previste dalla legge e dai contratti collettivi nazionali, la colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione, conformemente agli indirizzi deliberati dalla Commissione di cui all'articolo 13 del decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, la retribuzione di risultato è decurtata, sentito il Comitato dei garanti, in relazione alla gravità della violazione di una quota fino all'ottanta per cento”

⁵⁰⁸ Órganos políticos y directores generales, estos último constituyen el *trait d'union* entre los órganos políticos, (Ministro, Presidente de la Región y Alcalde) y jefes de las unidades administrativas.

Luego el resultado negativo producido por el jefe de la unidad comporta la revocación del encargo directivo y la asignación de una tarea distinta sea dentro de la misma Administración o, eventualmente también en otra Administración pública que en todo caso tenga interés en contar con este jefe de unidad. En caso de grave inobservancia de las instrucciones impartidas por el órgano competente o en el caso de que el jefe de la unidad haya sido objeto de más valoraciones negativas, la Administración puede llegar hasta la rescisión de la relación de trabajo.

En relación con la actitud psicológica exigible como prueba de la falta del logro de los objetivos, el legislador no precisa si dicha falta tiene que ser entendida *tout court* o bien como resultado del dolo y de la culpa grave.

CAPÍTULO VI: EL RESPETO DE LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO CUANDO EL SUJETO QUE SE RELACIONA CON LA ADMINISTRACIÓN ES UN CIUDADANO EXTRANJERO.

Introducción

En los últimos años Europa se ha extendido más allá de las fronteras de los estados originarios incluyendo nuevos países y adquiriendo de esa manera nuevos ciudadanos. Pero Europa se ha convertido en meta también de muchos ciudadanos extraeuropeos que a causa de las guerras o de condiciones de desarrollo precarias en el propio país de origen intentan encontrar una vida mejor inmigrando a Europa. Italia y España están entre los países elegidos como metas de inmigración por parte de los ciudadanos extranjeros con la esperanza de dar un cambio positivo a sus vidas.

El ciudadano extranjero que tiene la intención de residir en uno de los dos países se encuentra con la obligación de tener que efectuar una serie de solicitudes y documentos ante a la Administración Pública, es decir con procedimientos administrativos diferentes dirigidos a la obtención del visado – donde está previsto – y después a la obtención del permiso de residencia; a la inscripción en el sistema sanitario nacional (INSS); a la convalidación del carné de conducir; a la covalidación de los títulos de estudio; a la solicitud de residencia; a la solicitud de beneficios sociales; o sea toda una serie de documentos y solicitudes necesarias para desarrollar su propia vida en el país receptor.

Este capítulo no se fija el objetivo de enumerar los derechos del ciudadano extranjero - regular o irregular - residente en Italia o en España, sino que trata de estudiar si la legislación de los dos países reconoce al ciudadano extranjero los mismos derechos otorgados al ciudadano autóctono en el ámbito del procedimiento administrativo, y en particular la relevancia del procedimiento administrativo común en relación a la materia de extranjería.

Con respecto a la primera cuestión, en la legislación española e italiana sobre el procedimiento administrativo existe paridad de trato en las relaciones entre la Administración Pública y los “interesados”, sean ciudadanos o extranjeros. Por tanto ni la Ley española 30/1992 ni la Ley italiana

241/1990 disponen diferencias explícitas en lo que respecta al destinatario de la disposición administrativa⁵⁰⁹.

Sin embargo, a pesar de que sobre el plano formal no se revelen diferencias de trato en el ámbito de los dos ordenamientos, la doctrina evidencia también como esto no es suficiente, ya que desde el punto de vista sustancial la calidad de la participación - entendida como la eficacia reconocida en la acción del extranjero involucrado en un procedimiento – puede sufrir desviaciones respecto al régimen común⁵¹⁰.

Una de las causas de tal desviación – como subrayan BOZA MARTÍNEZ y CANEPA – que perjudican la efectiva participación del extranjero en el procedimiento puede ser *in primis* la lengua misma del procedimiento. De hecho, para que la comunicación entre la Administración Pública y el sujeto extranjero sea efectiva sería necesario que los actos inherentes a la participación y la disposición final fueran traducidos a una lengua comprensible al extranjero, pero sobre este punto las leyes de procedimiento administrativo española e italiana callan.

1. EL DERECHO A LA EFECTIVA PARTICIPACIÓN DEL EXTRANJERO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

1.1 Traducción de los actos inherentes a la participación del extranjero a una lengua por él comprensible.

Para encontrar la obligación de traducción de los actos de los procedimientos a cargo de la administración es necesario recurrir a las leyes en materia de inmigración.

En España dicha obligación está prevista en el artículo 227 del Reglamento 557/2011 relativo a la expulsión que prevé que el extranjero tenga derecho a la asistencia letrada de oficio y a ser asistido por un intérprete si no comprende o no habla castellano. Mientras que en Italia es el

⁵⁰⁹ Vid. D. BOZA MARTÍNEZ, *Los derechos de los extranjeros en el procedimiento administrativo*, en Autores Varios, *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia, 2009, págs. 251, y ss.; L. GILI, *Straniero e partecipazione al procedimento amministrativo*, en A. CROSETTI – F. FRACCHIA, *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano, 2002, págs. 55 y ss.

⁵¹⁰ Vid., D. BOZA MARTÍNEZ, *ob. cit.*, ; A. CANEPA, *Immigrati e procedimenti amministrativi. La complessa questione della partecipazione*, en *Amministrazione in Cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione* a cura de «Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche “Vittorio Bechelet”», 2010.

Decreto Legislativo de 25.07.1998 núm. 286 más conocido como Texto Unico sobre inmigración (desde ahora en adelante D.Lgs. 286/1998) cuyo artículo 2 apartado 6 impone que en los procedimientos administrativos inherentes a la entrada, la residencia y la expulsión, los actos deben ser traducidos, aunque de forma sintética, a una lengua comprensible al destinatario, o cuando eso no sea posible, a la lengua francesa, inglesa o español, con preferencia por la indicada por el interesado.

Sin embargo tal obligación, como hemos visto, está prevista sólo y exclusivamente para los procedimientos administrativos atinentes a la entrada, a la residencia y a la expulsión del extranjero. En todos los otros casos se continúa utilizando exclusivamente la lengua nacional.

La autora de este trabajo cree que corresponde al responsable del procedimiento en el ámbito de su poder discrecional – y aunque tal obligación no se haya concretado en ninguna ley de procedimiento administrativo – intentar que el extranjero conozca el contenido de los actos procedimentales que inciden sobre su esfera jurídica a través de una lengua comprensible al mismo, facilitando la efectividad de su participación.

Quien escribe habla por experiencia habiendo sido durante cuatro años la Responsable de la Oficina de Inmigración del Ayuntamiento de Campi Bisenzio (Florencia – Italia) y como tal se ha ocupado de varios procedimientos administrativos cuyos interlocutores eran sujetos de origen extranjero. La disposición administrativa se redactaba en italiano (como preve la ley). Sin embargo si el extranjero hubiera sido capaz de comprender la lengua inglesa o española, al interesado del acto administrativo se le comunicaba oralmente – en lengua inglesa o española – el contenido del artículo 7 de la Ley. 241/1990 (Comunicación del inicio del procedimiento) y de las principales obligaciones y derechos del interesado durante la fase de instrucción de la solicitud. En algunos casos cuando la comunicación oral no hubiera sido posible, o en el caso del artículo 10-*bis* de la L. 241/1990, junto a la notificación de la disposición se introducía a parte una nota traducida. Este *modus procedendi* que es sustancialmente un trabajo de mediación ha permitido al Ayuntamiento de Campi Bisenzio evitar conflictos ya durante la fase procedimental que de otra manera corrían el

riesgo de traducirse sucesivamente en recursos administrativos o controversias judiciales, porque no se había permitido ejercer el derecho de la participación en el procedimiento administrativo, con evidentes costes sobre la colectividad.

1.2 El problema de los documentos editados por el país de origen del extranjero.

Pero el ciudadano extranjero que entra en contacto con la Administración Pública se encuentra incluso en la exigencia de tener que presentar documentación que es difícil si no imposible de conseguir en el propio país de origen, o bien que puede ser conseguida después de haber realizado un enorme esfuerzo económico, como – por ejemplo - puede ser el caso de la reagrupación familiar. En algunos países la boda es más un acto religioso que civil y por tanto difícil de probar a través de papeles. O bien en el caso de la presentación del certificado de nacimiento. En algunos países de África – sobre todo en el ámbito rural – hasta hace algunos años no existía ni tan siquiera el registro de nacimientos y por tanto es difícil obtener un certificado de nacimiento

Ya frente estas primeras notas que condicionan negativamente la efectiva participación del extranjero en el procedimiento administrativo, una primera respuesta – en espera de la del legislador - podría venir del responsable del procedimiento administrativo como director del mismo procedimiento. De hecho, apoyándose en los principios de imparcialidad, eficiencia y eficacia de la Administración Pública, el responsable del procedimiento dentro del marco legal podría flexibilizar la solicitud de documentos que puedan resultar imposibles de obtener por parte del extranjero en su país de origen, o que sólo pueden obtener mediante un esfuerzo económico y personal muy grande. Es tarea del responsable del procedimiento en el ámbito del marco legal dictado por la legislación encontrar el camino más idóneo para hacer efectivos los derechos de los interesados. Para los ciudadanos regulares en este tipo de supuestos, la prueba de la existencia del vínculo matrimonial o de la fecha de nacimiento hubo que presentarse en el momento de la solicitud del visado o de la autorización de entrada en el país. En estos casos la petición de documentación está amparada por el principio de unidad de la Administración tanto en España como en Italia. Dicho principio

considera todas las ramificaciones de la Administración Pública como una unidad individual y por tanto se establece a cargo del responsable del procedimiento la solicitud de los documentos que ya estén en posesión de la Administración Pública, aunque estos hayan sido presentados por el interesado en otras Oficinas. Será el responsable del procedimiento que tendrá que hacerse cargo de encontrar dichos documentos en el momento de instruir el expediente.

Come podemos notar, el papel de director del responsable del procedimiento es en esta materia, particularmente evidente. De hecho, es tarea del responsable encontrar las modalidades a través de las cuales flexibilizar la exigencia de aportación de determinados documentos cuya obtención resulta excesivamente cara, cuando no imposible.

1.3 Propuesta de constitución en cada área metropolitana o provincia italiana de una unidad administrativa permanente, multitasking y multidisciplinar que favorezca la movilidad de las competencias presentes dentro de cada Administración pública como solución a los procedimientos de derecho administrativo sectorial.

De esta experiencia – en materia de extranjería – la autora presta atención al hecho de que hoy la actividad de la Administración Pública no termina con la aplicación y/o utilización del derecho administrativo como tradicionalmente se entiende. La sociedad multicultural ha cambiado las fronteras tradicionales de la actividad administrativa y ha ampliado la utilización del derecho privado por parte de la Administración Pública dando lugar a lo que en doctrina se denomina como «derecho administrativo especial»⁵¹¹ que se definiría como un derecho administrativo sectorial (ej. derecho de la inmigración, derecho financiero, derecho de la contabilidad pública, derecho de los entes locales, derecho urbanístico, derecho sanitario, derecho de la energía, etc...) compuesto por normas extraídas tanto del derecho público y/o administrativo como del derecho privado⁵¹².

La consecuencia es que hoy al operador jurídico de la administración pública con competencia en materia procedimental se le pide el estudio y el conocimiento no sólo del derecho administrativo como se entiende tradicionalmente, sino también el estudio y conocimiento de las normas

⁵¹¹ Vid. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2013, pág. 17.

⁵¹² Por otro lado es el mismo artículo 1 coma 1-bis de la L. 241/1990 que advierte que “La pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga altrimenti.”

sectoriales que regulan el ámbito de acción de la Administración Pública en aquella materia determinada (ej. nociones de economía y de contabilidad pública, nociones de derecho comparado, nociones de derecho ambiental, nociones de derecho mercantil, etc...). Se perfila de esta manera también para la Administración Pública la exigencia de poder disponer de un cuerpo de funcionarios expertos en las diversas ramas que componen el derecho administrativo especial, con la finalidad de adecuar la actividad administrativa a las crecientes exigencias de la sociedad moderna, evitando esconder las carencias formativas por parte de los responsables de los procedimientos detrás de un excesivo formalismo y burocracia que hacen difícil el respeto tanto de las garantías de los interesados en el ámbito del procedimiento administrativo, como de los tiempos de respuesta de la Administración Pública, con evidentes costes que recaen sobre la colectividad.

Como hemos evidenciado en el capítulo V (§ 3.2) la L. 241/1990 no exige unos requisitos específicos para poder desempeñar el papel de responsable del procedimiento. El artículo 5 de dicha Ley al coma 1 se limita a decir:

“Il dirigente di ciascuna unità organizzativa provvede ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all’unità la responsabilità dell’istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, dell’adozione del provvedimento finale.”.

El Ayuntamiento de Florencia ha suplido a este vacío del legislador con el artículo artículo 7 apartado 2 del Reglamento en materia de plazos y de Responsable del procedimiento administrativo:

“Il direttore o il dirigente cui fa capo l’unità organizzativa responsabile individua, di norma, (...) il responsabile del procedimento tra i dipendenti appartenenti alla medesima unità organizzativa, con qualifica funzionale, di norma, non inferiore alla settima. Eccezionalmente può essere individuato un responsabile del procedimento con qualifica funzionale inferiore alla settima previo parere del Direttore Generale.”

En Italia los empleados públicos con calificación funcional no inferior a la séptima son funcionarios, es decir, sujetos en posesión de un título de estudios no inferior a una licenciatura.

Sin embargo, la exigencia por parte de cada administración de tener un cuerpo de funcionarios bien formados en materia de derecho administrativo especial supone un gran desembolso

económico tanto por lo que se refiere a la formación como a la contratación. De hecho para alcanzar este objetivo cada una de las administraciones debería poner en práctica políticas formativas dentro del propio ente para dar una adecuada formación a sus propios funcionarios para que después sean capaces de afrontar los diferentes sectores sobre los que repercute su acción administrativa. Como alternativa debería recurrir a políticas de contratación enfocadas a satisfacer las necesidades de conocimiento que el ente necesita. Estas soluciones hoy en día son de difícil – si no imposible - aplicación práctica ya que a partir del ejercicio financiero 2014 también Italia está obligada a respetar el *Fiscal Compact*⁵¹³ que impone recortes en el gasto público para respetar el equilibrio en el presupuesto y que por eso tiene consecuencias en cada una de las Administraciones Públicas asignándoles vínculos en el presupuesto como establece el art. 97.1 CE⁵¹⁴. Eso implica que para cumplir tal obligación las Administraciones Públicas se han visto obligadas a efectuar recortes incluso en los costes para la formación de sus empleados públicos y en la reducción de sus propios cuadros orgánicos. Por eso, la *spending review* ha hecho difícil a las Públicas Administraciones el poder contratar personal incluso a tiempo determinado con competencias específicas. A veces, al final, no tiene ningún sentido por parte de una Administración Pública en particular quizás realizar importantes inversiones en recursos humanos para realizar actividades numericamente limitadas aunque altamente especializadas. La solución a este problema podría buscarse a través de la creación de una red de funcionarios públicos provenientes de cada administración que ayudarían a concentrar las experiencias y a optimizar los costes. Se trataría de un enfoque multidisciplinar cada día más indispensable para favorecer una adecuada respuesta administrativa por parte de una Administración Pública conforme con los tiempos en los que vivimos.

⁵¹³ EL artículo. 81.1 y 2 CE reformado por la Ley constitucional del 20 de abril de 2012, n. 1, establece que a partir del ejercicio financiero relativo al año 2014 “1. Lo Stato assicura l’equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. 2. Il ricorso all’indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali.”

⁵¹⁴ El artículo. 97.1 CE, reformado por la Ley constitucional del 20 de abril de 2012, n. 1, “Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l’ordinamento dell’Unione Europea, assicurano l’equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico”

Con respecto a la situación italiana – y teniendo en consideración la experiencia de la autora de esta tesis en los entes locales - podemos imaginar el establecimiento de una unidad administrativa especial permanente (constituida específicamente para dicha finalidad) colocada dentro de cada área metropolitana - o donde no se haya constituido el area metropolitana, dentro de la “Unione dei Comuni” (Mancomunidad) - formada por un *grupo* de especialistas provenientes de entes locales distintos que forman parte de la misma Area Metropolitana o Mancomunidad que se muevan dentro de los entes de esta forma reagrupados sin demasiadas barreras burocráticas. Se trata en primer lugar de superar la figura de la «Gestión asociada de las funciones y los servicios en los locales»⁵¹⁵ y en segundo lugar de facilitar y legalizar por parte de las Areas Metropolitanas o de las Mancomunidades la movilidad de las competencias presentes dentro de cada ente local que forma parte de la Area Metropolitana o de la Mancomunidad.

Este enfoque multidisciplinar podría ser una respuesta para mejorar la performance de las administraciones públicas italianas, así como lo requiere el Decreto legislativo 150/2009 que en su artículo 4 introduce el «Ciclo di gestione della performance» con el intento de optimizar la productividad y eficiencia del empleo público.

También sería interesante fijarse en el ejemplo de la clásica competencia de las provincias españolas establecida en el artículo 36 (que trata de las competencias de la Provincia) letra *b*) del apartado 1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local:

“ Son competencias propias de la Diputación o entidad equivalente las que le atribuyan en este concepto las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas en los diferentes sectores de la acción pública y, en todo caso, las siguientes:

⁵¹⁵ Gestión asociada de las funciones y los servicios en los locales es prevista por los artículos 30, 31 y 32 del Decreto Legislativo 18 de agosto de 2000, n. 267 “Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali”. Ella preve el ejercicio de algunas funciones a través de la constitución por mano de los Ayuntamientos de consorcios, Uniones de Ayuntamientos o bien la estipulación de convenciones. Gestión asociada de funciones y servicios es prevista sólo entes locales. La propuesta avanzada aspira a crear una unidad administrativa permanente formada por funcionarios en servicio en la distintas administraciones públicas pertenecientes a la misma área metropolitana o provincia y que se ponga al servicio de todas las administraciones públicas - y no sólo de los entes locales - incluidas en la misma área metropolitana cuando las mismas plantillas resulten carentes de funcionarios con específicos conocimientos. La constitución de tal unidad administrativa permanente podría ser prevista por una ley nacional o regional o bien a través de un reglamento del área metropolitana o de las provincias. A nivel práctico, y también para vencer la resistencia de los varios entes públicos en materia de movilidad de los propios trabajadores, sería oportuno acordar la competencia la oficina de los recursos humanos del área metropolitana o de la provincia para constituir y gestionar esta unidad administrativa permanente y seleccionar los funcionarios de introducir en la misma.

(...) b) La asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión⁵¹⁶. En todo caso garantizará en los municipios de menos 1.000 habitantes la prestación de los servicios de secretaría e intervención.”

que se concretiza a través de la figura de «Encomienda de gestión» regulada por el artículo 15 de la LRJPAC que permite a un funcionario ir a trabajar a otro órgano para ayudar sin necesidad de llegar a la comisión de servicio o excedencia:

“1. La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

2. La encomienda de gestión no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.

3. La encomienda de gestión entre órganos administrativos o Entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o Entidades intervinientes. En todo caso el instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución deberá ser publicado, para su eficacia en el Diario oficial correspondiente.

Cada Administración podrá regular los requisitos necesarios para la validez de tales acuerdos que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada.

4. Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y Entidades de distintas Administraciones se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o en su caso Cabildos o Consejos insulares, que se regirá por la legislación de Régimen Local.

5. El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del

⁵¹⁶ El subrayado es mio.

Estado, sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo.”

El ejemplo del legislador español podría ser una primera respuesta al crecimiento exponencial de la complejidad de la sociedad sobre la que la Administración Pública tiene que actuar con siempre menos personal y en algunos casos sin la adecuada formación, por motivos unidos a vínculos en el presupuesto de las Administraciones Públicas. Por eso, si se piensa tener un funcionario especializado para cada cuestión particular en cada una de las Administraciones Públicas (problema particularmente importante para las Administraciones Públicas de menores dimensiones, por ejemplo, a los Ayuntamientos con menos de 15.000 habitantes) no es imaginable. Por este motivo las Administraciones Públicas tienen que aprender a optimizar experiencias y cualidades de sus funcionarios para estar más cerca de las exigencias de cada ciudadano. Eso se obtiene atando lo menos posible a cada funcionario a una única estructura. Garantizar la competencia de manera extensa en el territorio permite operar donde realmente se necesita. Se trata por tanto de desarrollar un *equipo* dinámico que pueda moverse en más Administraciones Públicas, sin demasiados obstáculos, mejorando la movilidad de los saberes en el ámbito de las ramas del derecho administrativo y garantizando de esta manera al máximo las exigencias de los interesados en el ámbito del procedimiento administrativo.

2. LA RELEVANCIA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN EN RELACIÓN A LA MATERIA DE EXTRANJERÍA.

2.1 El caso de España

La Constitución española en los artículos 10.2, 13.1 y 25.1 y 3 prevé:

Art. 10.2 “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”;

Art. 13.1 “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Títulos” De los derechos y deberes fundamentales “ en los términos que establezcan los tratados y la ley.”

Art. 25.1 y 3 “1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. 3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.”

La citada Declaración Universal de Derechos Humanos no menciona los derechos de los extranjeros en el procedimiento administrativo y tampoco lo hacen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales se ocupan solamente del procedimiento relativo a la expulsión.

Del derecho a un recurso efectivo trata el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 13:

“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

Pero tampoco dicha Declaración hace referencia a los derechos y garantías de los que gozan los extranjeros en su condición de interesados en el marco del procedimiento administrativo.

De la extensión de las garantías previstas por el procedimiento administrativo común a los procedimientos administrativos en materia de extranjería se ocupa el artículo 20 apartado 2 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOYLE) que hace una remisión genérica a la garantías contenidas en la LRJPAC:

“Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley.”

Además conviene recordar que la Disposición Adicional Segunda (Normativa aplicable a los procedimientos) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, añade:

“1. En lo no previsto en materia de procedimientos en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se estará a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en su normativa de desarrollo, particularmente, en lo referido a la necesidad motivación de las resoluciones denegatorias de las autorizaciones. 2. De conformidad con lo establecido en la disposición adicional undécima de la referida Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el procedimiento de visado se regirá por la normativa específica prevista en el artículo 27 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, desarrollada en este Reglamento, en la normativa de la Unión Europea y en las demás disposiciones que se dicten en cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España, y se aplicará supletoriamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.” autorizando así la aplicación subsidiaria de la LRJPAC a los procedimientos en materia de extranjería.

El artículo 20 apartado 2 LODYLE citado, hace una remisión general a la LRJPAC poniendo particular atención al respeto de las garantías de publicidad, contradicción, audiencia y motivación.

La doctrina científica ha juzgado superfluo el segundo período del artículo 20.2 LODYLE donde el legislador se ha preocupado por subrayar el respeto sobre todo de las garantías de publicidad, contradicción, audiencia y motivación. De hecho, como ha argumentado BOZA MARTÍNEZ habría sido suficiente para el legislador pararse en el primer período del artículo 20.2 LODYLE ya que las cuatro garantías de las que el legislador se preocupa que no sean violadas, surgen de principios de carácter constitucional⁵¹⁷. De hecho el artículo 9 apartado 2 y 3 CE establece:

“2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (...). 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

Después de la lectura de este artículo de la Constitución se entiende que el segundo período del artículo 20.2 LODYLE es redundante ya que es el mismo apartado 2 del artículo 9 CE que recuerda que la promoción de la libertad y de la igualdad son un deber de los poderes públicos y

⁵¹⁷ Vid. D. BOZA MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pág. 251 y ss.

que tales derechos fundamentales están reconocidos a favor de todos los individuos y no sólo a los ciudadanos españoles. El apartado 3, sin embargo, indica que es voluntad de la Constitución garantizar el principio de publicidad .

Por lo que respecta al derecho a presentar alegaciones y al trámite de audiencia, este última corolario del primero, podemos tranquilamente afirmar que son las base del derecho de defensa y que el art. 24.1 CE establece que:

“Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión.”

Otra vez más la Constitución usa el término general de “personas” y no solamente el más restrictivo de “ciudadanos”.

Finalmente el artículo 20 apartado 2 LODYLE menciona el respeto de la obligación de motivación por parte de la Administración Pública. La motivación está considerada - ya de forma unánime por la doctrina y la jurisprudencia tanto española que italiana - como uno de los institutos jurídicos que permite hacer efectivos los principios constitucionales de legalidad, de seguridad jurídica, de publicidad de las normas en ella citadas como fundamento de la decisión administrativa, y de la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos. Por último es necesario tener en cuenta que la motivación de las resoluciones es *conditio sine qua non* para interponer recurso contra las mismas y de las que no son excepción las resoluciones dictadas en materia de extranjería:

Art. 21.1 LODYLE “Los actos y resoluciones administrativas adoptados en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes.”

Por todas estas consideraciones parece superflua la presencia del segundo punto del artículo 20 apartado 2 LODYLE habiendo sido suficiente pararse en el primero.

Sin embargo, la doctrina no ha dejado de subrayar como a pesar de que el artículo 20 apartado 2 LODYLE extienda las garantías del procedimiento administrativo común también al procedimiento administrativo en materia de extranjería, es el mismo legislador el que posteriormente con la reforma a la misma LODYLE a través de la Ley Orgánica 14/2003, limita la

extensión de algunas garantías proclamadas por la LRJPAC. Es el caso de la Disposición Adicional tercera de la LODYLE:

“1. Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español habrá de presentar personalmente las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo en los registros de los órgano competente para su tramitación. Igualmente, en los procedimientos en los que el sujeto legitimado fuese un empleador, las solicitudes podrán ser presentadas por éste, o por quien válidamente ostente la representación legal empresarial. 2. Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio extranjero, la presentación de solicitudes de visado y su recogida se realizarán personalmente ante la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación aquél resida. Excepcionalmente, cuando el interesado no resida en la población en que tenga su sede la misión diplomática u oficina consular y se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento, como la lejanía de la misión u oficinao dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso, podrá acordarse de que la solicitud de visado pueda presentarse por representante debidamente acreditado. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en los supuestos de presentación de solicitudes y recogida de visado de estancia, tránsito y de residencia por reagrupación familiar de menores, ambos trámites podrán realizarse mediante representante debidamente acreditado. En cualquier caso, la misión diplomática u oficina consular podrá requerir la comparencia del solicitante y, cuando lo estime necesario, mantener una entrevista personal. 3. Asimismo, no se requerirá la comparencia personal en los procedimientos de contratación colectiva de trabajadores, en los supuestos contemplados en un convenio o acuerdo internacional, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el mismo.”

La doctrina ha observado como esta disposición deroga la disciplina impuesta por la LRJPAC tanto en materia de los lugares de presentación de las solicitudes a la administración regulado en el artículo 38 apartado 4 LRJPAC⁵¹⁸, como en materia de representación en el ámbito del

⁵¹⁸ Art. 38.4 LRJPAC “Las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas podrán presentarse: a) en los registros de los órganos administrativos a que se dirijan; b) en los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, a la de cualquier Administración de las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, a los Ayuntamientos de los Municipios a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, o a la del resto de las entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio; c) en las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca; d) en la representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero; e) en cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes. Mediante convenios de colaboración suscrito entre Administraciones Públicas se establecerán sistema de intercomunicación y coordinación de registros que garanticen su compatibilidad informática, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de las solicitudes, escritos, comunicaciones y documentos que se presenten en cualquiera de los registros.”

procedimiento administrativo como señala el artículo. 32 LRJPAC⁵¹⁹. Esta segunda cuestión es consecuencia de la primera ya que al ciudadano extranjero en los procedimientos indicados en la disposición tercera que se comenta no solamente se le impone presentar la solicitud en los lugares indicados por el legislador, sino también la tiene que presentar personalmente. Por tanto cuando no pueda presentarse personalmente, obligatoriamente lo tiene que hacer a través de un representante suyo debidamente acreditado, y de todas formas como veremos más tarde la representación no siempre se acepta.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, es decir los lugares de presentación de solicitudes a la administración, ARANA GARCÍA observa como la Disposición Adicional tercera de la Ley 14/2003 hace desaparecer – con relación a los procedimientos en ella contemplados - “la posibilidad de presentación de solicitudes que tradicionalmente se utilizan por la generalidad de ciudadanos o administrados cuando se encuentran en territorio español. Así, no sería posible la presentación de solicitudes relativas a autorizaciones de residencia y de trabajo en los registros administrativos de cualquier órgano administrativo ya sea de la Administración del Estado, de la Comunidad Autónoma o de la Administración Local (en este último caso con el correspondiente convenio); tampoco sería factible la presentación en las oficinas de correos conforme al procedimiento reglamentariamente establecido. Finalmente, tampoco será posible, como dijimos, la presentación telemática de este tipo de solicitudes.”⁵²⁰

Por lo que respecta a la cuestión de la representación en el procedimiento administrativo, el artículo. 32 apartado 1 de la LRJPAC la preve como una posibilidad meramente facultativa, pero siempre que el interesado quiera avalerse de un representante este último puede ser encargado de todas las actuaciones administrativas:

“Los interesados con capacidad de obrar podrán actuar por medio de representante, entendiéndose con éste las actuaciones administrativas, salvo manifestación expresa en contra del interesado.”

⁵¹⁹ Art. 32.1 LRJPAC “Los interesados con capacidad de obrar podrán actuar por medio de representante, entendiéndose con éste las actuaciones administrativas, salvo manifestación expresa en contra del interesado.”

⁵²⁰ E. ARANA GARCÍA, La huida del Procedimiento Administrativo Común y sus garantías en la Ley Orgánica 14/2003 de Extranjería, en *Revista española de Derecho Administrativo*, 2004, núm. 122, págs. 182-183.

Quiere decir que quien lo desea y tenga la capacidad de obrar puede nombrar un representante que actúe administrativamente en lugar del interesado

ARANA GARCÍA subraya como esta libertad reconocida al interesado en el ámbito del procedimiento administrativo común (como establece el art. 32.1 LRJPAC) no se reconoce cuando se trata de procedimientos administrativos enumerados en la Disposición Adicional tercera de la Ley 14/2003 que tienen como destinatarios sujetos extranjeros. De hecho como indica el Autor: “la actuación administrativa mediante representante se convierte en regla excepcional, exigiéndose como principio general la comparencia personal en la presentación de solicitudes de autorizaciones de residencia o trabajo. Tan sólo se admite la actuación por representante en los siguientes casos: Dentro de nuestro país, en los procedimientos en los que el sujeto legitimado fuese un empleador que podrá actuar quien ostente la representación legal empresarial. En los procedimientos ante órganos administrativos españoles pero situados en el extranjero, sólo cuando el interesado no resida en la población en que tenga oficinas consulares o diplomáticas o cuando se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento hasta las localidades donde se encuentren éstas. En estos casos tan sólo se permite la representación pero ni siquiera en ellos la representación tiene el mismo valor el que le otorga la LRJPAC. Así, la nueva Disposición Adicional Tercera otorga un nuevo poder discrecional a la misión diplomática u oficina consular para que, en cualquier caso, pueda «no fiarse» de la representación solicitando la comparencia personal para mantener una entrevista personal.”⁵²¹

Con respecto a las infracciones cometidas por extranjeros en materia de extranjería⁵²² el artículo 216 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que aprueba el Reglamento de la ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 dispone que el procedimiento sancionador deberá ajustarse a lo dispuesto en la LODYLE y en la LRJPAC. Mientras que cuando se trate de los supuestos

⁵²¹ E. ARANA GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 186-187.

⁵²² El artículo 217 del Reglamento 557/2011 prevé tres modalidades para tramitar el procedimiento sancionador en materia de extranjería: ordinario, preferente y simplificado.

calificados como infracción leve del artículo 52.c), d) y e); grave del artículo 53.1.b) y 53.2.a) y muy grave del artículo 54.1.d) y f) de la LODYLE, el procedimiento aplicable es previsto en el capítulo IV de este reglamento. Para todo aquello no previsto en este Reglamento será de aplicación supletoria el procedimiento regulado en el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993.

2.2 El caso de Italia

Durante los años en los que la autora de esta tesis se ocupaba de inmigración se encontró casualmente con el artículo de Allegra CANEPA “Immigrazione e procedimenti amministrativi. La complessa questione della partecipazione” en el que la autora focaliza las críticas de la participación en el procedimiento administrativo del extranjero por lo que respecta al instituto de la expulsión.

Hay que advertir que la autora de esta tesis no se ha ocupado nunca de la materia de expulsión porque dicha materia no es competencia de los entes locales sino del *Ministero del Interior y de las prefeturas*⁵²³. Sin embargo, el estudio es interesante ya que el párrafo del que nos estamos ocupando intenta averiguar si y en qué modalidades las reglas del procedimiento administrativo común pueden ser aplicables cuando el interesado al procedimiento es un extranjero.

El artículo 2 apartado 5 del D.Lgs. 286/1998 dispone que:

“Allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell’accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge.”

Es decir que en teoría las garantías previstas por la ley en materia de procedimiento administrativo italiano son aplicables también en el procedimiento administrativo en materia de extranjería (entrada, residencia y expulsión administrativa).

⁵²³ Cabe indicar que el art. 13 del D.Lgs. 286/1998 contempla dos tipos diferentes de expulsión: la expulsión administrativa, competencia del Ministerio del interior y de las prefeturas, como sanción administrativa prevista para los casos de violación de las normas relativas a los procedimientos previstos para la entrada, y la residencia del extranjero en Italia. La expulsión administrativa se ordena mediante decreto motivado y es inmediatamente ejecutiva. La expulsión penal, establecida por el juez, como sanción alternativa a la sanción penal en caso de comisión de un delito por parte del extranjero.

Por lo que respecta la participación al procedimiento administrativo las normas de la L. 241/1990 que hay que considerar son dos: artículo 7 y artículo 10-*bis*.

El artículo 7 regula la “Comunicación del inicio del procedimiento”:

“Ove non sussistono ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l’avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall’articolo 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire.”;

El artículo. 10-*bis* sin embargo regula la “Comunicación de los motivos de desestimación de la solicitud”:

“Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l’autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all’accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Dell’eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Le disposizioni del preente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali. Non possono essere adottati tra i motivi che ostano all’accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all’amministrazione.”

Por lo que se refiere a la comunicación de inicio del procedimiento, la Corte de Casación sección. I en la sentencia 6 de diciembre de 2005 n. 44403⁵²⁴ afirma por una parte una obligación general de la Administración Pública de comunicar al interesado el inicio del procedimiento mencionado en el artículo 7 de la Ley 241/1990; por otra sin embargo, tiende a precisar que tal obligación no puede considerarse un principio asistido en absoluto de garantías de defensa: “Pertanto in presenza di procedimenti particolari – come quelli diretti all’espulsione di cittadini extra-comunitari privi del permesso di soggiorno, che sono regolati da norme che assicurano comunque il rispetto del giusto procedimento e sono caratterizzati da esigenze di celerità della

⁵²⁴ Citada en A. CANEPA, *ob. cit.*, pág. 3.

procedura – si deve escludere che sussista l’obbligo da parte dell’autorità amministrativa procedente di dare comunicazione all’interessato.”

El artículo 13 apartado 7 del Decreto Legislativo. 286/1998 en tema de expulsión administrativa dispone que el acto administrativo de expulsión:

“nonchè ogni atto concernente l’ingresso, il soggiorno e l’espulsione, sono comunicati⁵²⁵ all’interessato unitamente all’indicazione delle modalità di impugnazione e ad una traduzione in una lingua da lui conosciuta, ovvero ove non sia possibile, in lingua francese, inglese o spagnola.”

La Corte Constitucional aún rechazando la inconstitucionalidad del artículo 13 apartado 7 del Decreto Legislativo 286/1998 en la parte en la que no prevé la obligación de traducir el decreto de expulsión notificado al extranjero en su lengua materna, especifica que “la valoración en concreto del conocimiento efectivo del acto pertenece a los jueces correspondientes, que deben verificar si la disposición ha conseguido o no su finalidad, sacando las debidas consecuencias⁵²⁶. La Corte Constitucional refiriéndose a una propia sentencia anterior del 2000 (núm. 198) ha afirmado que “è devoluta alla giurisdizione di merito la valutazione se nella vicenda in esame possa considerarsi conseguito lo scopo dell’atto, che è quello di consentire al destinatario il pieno esercizio del diritto di difesa; ciò postula che il provvedimento di espulsione sia materialmente portato a conoscenza dell’interessato, o gli sia comunicato con modalità che ne garantiscano in concreto la conoscibilità (...) affinché possano operare le ulteriori scansioni del procedimento previsto dalla legge”. Conclude la Corte: “ove tale conoscibilità non vi sia occorrerà che il giudice, facendo uso dei suoi poteri interpretativi dei principi dell’ordinamento, ne tragga una regola congruente con l’esigenza di non vanificare il diritto di azione in giudizio (...)” y por lo tanto si la comunicación del acto no haya alcanzado su meta el juez tendrá que declarar la ineficacia del acto administrativo no traducido en un idioma comprensible al extranjero.

Eso significa que prescindiendo del respeto del aspecto formal de la norma, en caso de discrepancia sobre la falta de conocimiento por parte del extranjero de la disposición por falta de

⁵²⁵ El subrayado es mío.

⁵²⁶ Corte Constitucional, sentencia 21 de julio de 2004 n. 257.

traducción en una lengua que él conozca, el juez correspondiente debe valorar caso por caso en abstracto la disposición era capaz de permitirle la participación consciente al procedimiento que es parte ineliminable del derecho de defensa. En caso negativo tendrá que decretar su ineficacia, es decir la ilegitimidad de la expulsión.

Posteriormente la Corte de Casación ha precisado que es nula la disposición de expulsión que no contenga una traducción en la lengua conocida por el extranjero aunque esté acompañada por una traducción en lengua francesa, inglesa o española pero sin la previa justificación de la imposibilidad de dar a conocer la disposición a su destinatario en la lengua que él conozca⁵²⁷. A tal propósito conviene subrayar que para evitar la nulidad de la disposición por omitida traducción del decreto – en la lengua conocida por el interesado o, donde haya sido expedida la certificación de la imposibilidad de traducción, en una de las lenguas indicadas del artículo 13 D. Lgs. 286/1998 (inglesa, francesa, española) - no es suficiente con probar incluso presuntamente que el extranjero conoce la lengua italiana, ya que el juez tiene que fundarse por otra parte en presunciones graves, precisas y concordantes. No constituye por tanto una motivación suficiente la mera toma de control de la firma del acta de notificación del decreto por parte del interesado, ya que tal firma no demuestra por sí misma el conocimiento de la lengua en la que el acto ha sido redactado⁵²⁸.

Sin embargo sobre este punto conviene recordar el apartado 2 del art. 21-*octies* primer período de la L. 241/1990 dispone que:

“Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.”

La norma tiene como objetivo la economía procedimental. Es decir, no procedera la anulacion del acto administrativo cuando subsanar el vicio formal no afecte para nada al contenido vinculante de dicho acto (esto es lo que ocurre en los procedimientos de expulsion del territorio nacional de los ciudadanos extracomunitarios. El acto administrativo de expulsión es un acto vinculado).

⁵²⁷ Corte de Casación, sección I, sentencia 22 de marzo de 2007, n. 6978.

⁵²⁸ Corte de Casación, sección I, sentencia 16 de noviembre de 2005, n. 23216.

El Consejo de Estado en un caso de expulsión de un ciudadano nigeriano que se quejaba de la falta de comunicación ex artículo. 7 L. 241/1990 por lo que se refiere al decreto del prefecto, ha confirmado que siendo la disposición de expulsión del territorio nacional un acto vinculado no es necesaria la obligación de dicha comunicación⁵²⁹.

Por eso el Consejo de Estado advierte que no tiene sentido seguir la vía judicial por simples vicios formales cuando el fondo del asunto se va a resolver de la misma manera.

Siguiendo el razonamiento del Consejo de Estado podemos concluir que en caso de que el extranjero haya recibido la comunicación de inicio del procedimiento y aunque no haya entendido su contenido, el acto de expulsión no sería anulable dato su contenido vinculante.

Sin embargo la doctrina pone de relieve que la comunicación mencionada en el artículo 7 de la Ley 241/1990 tiene como finalidad también la de poner a conocimiento del interesado la oficina y la identidad del responsable del procedimiento. Por lo tanto la falta de comunicación (y añadido yo también la falta de comprensión) incide siempre sobre la irregularidad o ilegitimidad del acto del procedimiento aunque esto desde un punto de contenido sea adscribible al grupo de los actos vinculados⁵³⁰.

En fin por lo que respecta la falta de comunicación (artículo 10-*bis* L. 241/1990) a los actos administrativos no vinculados CANEPA señala una sentencia del Consejo de Estado de 2009⁵³¹ que aclara la relación entre el artículo 10-*bis* y el artículo 21-*octies* L. 241/1990: Dice el Consejo de Estado: “L’art. 10-bis della legge 241/1990 è stato introdotto dalla legge n. 15 del 2005 al fine di consentire il contraddittorio tra privato ed amministrazione prima dell’adozione di un

⁵²⁹ Consejo de Estado, sección IV, sentencia 12 de marzo de 2001, n. 1381.

⁵³⁰ *Vid.* A. CORPACI, La comunicazione dell’avvio del procedimento alla luce dei primi riscontri giurisprudenziali, en *Le Regioni*, 1994, pág. 318.

⁵³¹ En el caso se trataba de un extranjero al que le habían negado la renovación del permiso de residencia por la falta de un contrato de trabajo. La Administración Pública (Prefectura) antes de dictar el acto de desestimación había omitido la comunicación del artículo 10-bis de la Ley 241/1990 amparando erróneamente su falta al artículo 21-*octies* apartado 2 L. 241/1990. Dicho *modus procedendi* de la Prefectura ha sido juzgado erróneo por el Consejo de Estado. La desestimación de la solicitud en relación al permiso de residencia para falta de trabajo, no tiene carácter vinculado por qué como releva el Consejo de Estado “il provvedimento di diniego non costituisce un atto vincolato in relazione alla situazione esistente al momento della richiesta, potendo essere sopravvenuto un rapporto di lavoro che consenta il rilascio del permesso. Non si tratta qui di limitarsi a verificare la sussistenza di una circostanza obiettivamente ostativa (come, ad es., una condanna penale), ma di valutare un elemento, su cui possono incidere le sopravvenienze e rispetto al quale l’interessato può fornire – se coinvolto in sede procedimentale – gli opportuni chiarimenti.” (Consejo de Estado, sentencia 2 de febrero de 2009 n. 552).

provvedimento negativo e allo scopo, quindi di far interloquire il privato sulle ragioni ritenute dall'amministrazione ostative all'accoglimento dell'istanza. La norma si applica a tutti i procedimenti ad iniziativa di parte, ad eccezione di quelli espressamente esclusi (procedure concorsuali e procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali). Il procedimento per il rinnovo del permesso di soggiorno è un procedimento ad istanza di parte, cui si applica, quindi, la suddetta disposizione” Para lo que concierne el artículo 21-octies “va tenuto conto che la disposizione si divide in due parti: la prima parte dell'art. 21-octies, secondo comma, prevede che il provvedimento non sia annullabile quando ricorrano necessariamente tutti questi elementi: a) violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti; b) natura vincolata del provvedimento; c) essere «palese» che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La seconda parte è relativa ad un tipico vizio procedimentale (art. 7 della l. 241/90: violazione dell'obbligo di avvio del procedimento) e prevede che il provvedimento non sia annullabile «qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».⁵³² Puesto que en el caso concreto se trataba de un extranjero al que le habían negado la renovación del permiso de residencia por la falta de un contrato de trabajo. La Administración Pública (Prefectura) antes de dictar el acto de desestimatorio había omitido la comunicación del artículo 10-bis de la Ley 241/1990 amparando erroneamente su falta al artículo 21-octies apartado 2 L. 241/1990, el Consejo de Estado precisa que “Nel caso di specie, va verificata l'applicabilità della sola prima parte, in quanto il vizio è la violazione dell'art. 10-bis, e non dell'art. 7, della legge n. 241/90. (...) rispetto all'accertamento dell'insussistenza del lavoro, peraltro compiuto a distanza di oltre un anno e mezzo dalla richiesta” y por este motivo a estimado el recurso del extranjero.

Como hemos visto muy a menudo los responsables del procedimiento poco preparados jurídicamente no solo confunden los actos vinculados de aquellos que no lo son, sino también

⁵³² Consejo de Estado, sentencia 2 de febrero de 2009 n. 552.

confunden los institutos jurídicos entre ellos. Y a partir de esta confusión confunden también las normas que deben aplicar qué comportan recursos frente al juez con enormes costes para la pública administración.

Concluyendo sobre el argumento relativo a la incidencia sustancial de la ley sobre el procedimiento administrativo respecto al extranjero podemos resumir la cuestión en el modo siguiente: formalmente la posición jurídica del extranjero en el procedimiento administrativo no difiere de la del ciudadano italiano. Sin embargo, como habíamos visto, en algunas hipótesis, pueden existir diferencias en el trato debidas en su mayoría a una carencia de funcionarios altamente preparados en la materia y por esa razón imputables a carencias organizativas de la Administración Pública. En otros casos, como señala CANEPA, las diferencias de tratamiento pueden ser debidas a motivos de seguridad y de tutela de orden público: “che connotano fortemente le attuali politiche migratorie italiane. Esse infatti influiscono sulla disciplina dei procedimenti e sul trattamento riservato ai singoli soggetti. Da questo punto di vista è possibile individuare possibili differenze di trattamento sul piano delle garanzie procedurali «giustificate» dalla diversità dell’interessato.”⁵³³

Quien sabe si esta última conclusión no pueda ser invocada incluso en el caso del legislador español que en el tema de presentación de solicitudes relativas a permisos de residencia y de trabajo y actuación por representante haya considerado la tutela del orden público y de la seguridad del país a expensas de la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 24 y el principio de audiencia por el art. 105 CE, como ya puesto de relieve en el capítulo III .

Quizas una solucion extremadamente protectora por los extranjeros que llegan en Espana e Italia podria ser muy atractiva pero poco realista en la práctica. ¿Debe la Administracion garantizar la traduccion de todos sus actos administrativos dirigidos a los extranjeros que se encuentran en su territorio, incluso fuera de las procedimientos de extranjeria?

⁵³³ A. CANEPA, *ob. cit.*, pág. 8.

3. LA MOBILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS ENTRE ESTADOS EUROPEOS Y LA NECESIDAD DE UNA LEY SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EUROPEO COMO SOLUCIÓN PARA UNA MAYOR INTEGRACIÓN ADMINISTRATIVA DEL SISTEMA EUROPEO

Quizas si a esta última pregunta y también a las cuestiones levantadas en este capítulo una respuesta podría ser dada por el legislador europeo a través sea del tema de la movilidad de los funcionarios públicos entre Estados europeos para importar en seno a los mismos las mejores practicas administrativas en esta y otras materias, sea a través de la necesidad de dictar una ley sobre el procedimiento administrativo a nivel europeo.

Las constantes cuestiones que afectan en igual medida los países de la Unión Europea (véase por último lo de la inmigración) se traducen en una constante interconexión de ordenamientos y de actuaciones que determinan influencias recíprocas entre sistemas nacionales entre sí y también con el sistema europeo hacia una mayor integración. Estos son elementos que en primer lugar muestran claramente las exigencias de un necesario reforzamiento de las relaciones entre las administraciones públicas a traves de acuerdos de intercambios de funcionarios públicos. No es éste el lugar para dar cuenta minuciosa del tema de la movilidad de los funcionarios públicos entre Estados europeos. Baste por el momento con subrayar que el Derecho comunitario actúa como elemento potenciador de una zona de encuentro de los distintos ciudadanos europeos, impulsando un proceso de progresiva eliminación de desigualdades y diferencia entre ellos, cuya meta final es la creacción de un auténtico Estado europeo. Para hacer este la unión europea solicita que las públicas administraciones sepan modernizarse y actuar como "Administración europea" capaz de actuar el derecho comunitario y de erogar servicios con estandar elevados y homogéneos en toda la unión. El Tratado de Lisboa sobre el funcionamiento del Unión Europea del 13 diciembre de 2007 (TFUE) con la institucionalización por el artículo 197 de la «cooperación administrativa»⁵³⁴ sanciona esta

⁵³⁴ El artículo 197 TFUE permite a la unión europea de sustentar los esfuerzos de los Países miembros dirigidos a mejorar el "capacity building" de las administraciones nacionales, en particular a través sea el intercambio de informaciones y la movilidad de los funcionarios, también a través de programas de formación. Señala M. P. CHITI que

exigencia con la subsiguiente necesidad de garantizar la unidad de acción. Es por lo tanto esencial la realización de políticas y programas que favorezcan la movilidad europea - e internacional -, también temporal, de los funcionarios públicos entre las distintas administraciones nacionales y su recíproca comprensión para importar en seno de la unión europea las mejores prácticas administrativas en los distinguidos sectores de la administración pública. En pasado la puesta en práctica de estas exigencias de movilidad de trabajadores en el ámbito de la función pública ha engendrado una fuerte resistencia por parte de los Estados miembros porque implicaba una presunta “limitación de la soberanía en referencia a posiciones que tradicionalmente están reservadas a los ciudadanos, implicando en abstracto garantías específicas de fidelidad y lealtad”⁵³⁵.

Sin embargo esta tendencia uniformadora del derecho de los Estados miembros con el derecho comunitario no puede ser actuada solamente a través de la movilidad de los funcionarios públicos ma necesita también de un presupuesto previo representado por la elaboración de una Ley de Procedimiento Administrativo Común europeo. La elaboración de un conjunto de reglas que deba respetar toda Administración –europea o nacional– en aplicación del Derecho de la Unión hoy en día resulta cada vez más necesario dado el alto número de Estados que desde la fecha de nacimiento de la Comunidad Europea han sido incluidos en la misma. Estados, conviene precisar, que no siempre tienen una raíz y cultura jurídica común o una larga tradición legal inspiradas a principios democráticos, y que por lo tanto hace evidente el riesgo de una distinta protección entre administrados europeos. Este tema ha sido puesto a la atención del legislador europeo por la doctrina de los diversos países europeos. Ella ha apuntado la base jurídica para la elaboración de una Ley básica sobre el procedimiento administrativo en el artículo 298 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, que establece:

“Per quanto riguarda specificatamente la cooperazione amministrativa, l’art. 197 TFUE non si limita a precisare il tipo di interventi possibili per l’Unione, ma prevede anche un principio di grande importanza: che «l’attuazione effettiva del diritto dell’Unione da parte degli Stati membri, essenziale per il buon funzionamento dell’Unione, è considerata una questione di interesse comune».” (*Diritto amministrativo europeo*, 2011, p. 151)

⁵³⁵ M. P. CHITI, *Derecho administrativo europeo*, Madrid, 2002, pág. 170.

“1. En el cumplimiento de sus funciones, las instituciones, órganos y organismos de la Unión se apoyarán en una administración europea abierta, eficaz e independiente. 2. Dentro del respeto al Estatuto y al régimen adoptados con arreglo al artículo 336, el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán las disposiciones a tal efecto».

Conviene observar que los criterios enunciados en el apartado 1 del artículo en comento, o sea «administración europea abierta, eficaz e independiente» contribuye a satisfacer el «derecho de buena administración» del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De este modo buena administración y procedimiento administrativo resultarían conectados en cuanto el primero hace manifiesta la necesidad de dictar disposiciones para desarrollar una Administración abierta, eficaz e independiente.

El Parlamento europeo haciendo propias las consideraciones de la doctrina ha dictado la Resolución de 15 de enero de 2013 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre una Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea. El Parlamento Europeo pide a la Comisión que presente, sobre la base del artículo 298 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, una propuesta de Reglamento sobre la Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea⁵³⁶.

⁵³⁶ Interesante es leer algunas consideraciones hechas por el Parlamento europeo que lo han convencido de la necesidad de dictar esta resolución:

- “- A. Considerando que, a raíz del desarrollo de las competencias de la Unión Europea, los ciudadanos tienen que enfrentarse directamente a la administración de la Unión cada vez con mayor frecuencia, a pesar de que no siempre disponen de los derechos de procedimiento correspondientes que podrían ejercer frente a ella en los casos en que tales acciones puedan resultar necesarias;
- B. Considerando que los ciudadanos deben poder esperar de la administración de la Unión Europea un alto grado de transparencia, eficiencia, rápida ejecución y capacidad de respuesta, tanto si presentan una reclamación formal como si ejercen su derecho de petición en virtud del Tratado, así como información sobre la posibilidad de llevar a cabo otras acciones;
- C. Considerando que en la actualidad las normas y principios de la Unión en materia de buena administración se encuentran dispersos en múltiples fuentes: Derecho primario, jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, legislación secundaria, actos jurídicos no vinculantes y compromisos unilaterales de las instituciones de la Unión Europea;
- D. Considerando que la Unión carece de un conjunto global y coherente de normas codificadas de Derecho administrativo, lo que dificulta que los ciudadanos comprendan los derechos administrativos que les confiere el Derecho de la Unión;
- E. Considerando que los actuales códigos de conducta de las distintas instituciones tienen un efecto limitado, difieren entre sí y no son jurídicamente vinculantes;

El tema de la elaboración de una ley sobre el procedimiento europeo se ha vuelto de extrema actualidad en estos meses adonde millares de ciudadanos extracomunitarios están llegando en Europa a causa de las guerras que oprimen sus países. Todos ellos solicitan el *status* de refugiado políticos. El procedimiento por el que se reconoce el *status* de refugiado político es de carácter administrativo. Pero en ausencia de una ley sobre el procedimiento administrativo europeo, cada Estado suple a la laguna con la propia ley sobre el procedimiento administrativo con el riesgo de abusos y deformaciones que pueden conducir a tratos distintos en el reconocimiento de lo *status* de

-
- (...) J. Considerando que el derecho fundamental a una buena administración establecido en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha alcanzado el rango de disposición jurídicamente vinculante, en su calidad de Derecho primario;
 - K. Considerando que las normas de buena administración fomentan la transparencia y la responsabilidad;
 - L. Considerando que un problema acuciante que afronta la Unión Europea hoy en día es la falta de confianza por parte de los ciudadanos, que puede afectar a su legitimidad; considerando que la Unión Europea debe ofrecer respuestas rápidas, claras y visibles a los ciudadanos a fin de responder a sus inquietudes;
 - (...) O. Considerando que los Estados miembros en general ya aceptan un conjunto básico de principios de buena administración;
 - P. Considerando que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha elaborado unos principios procesales consolidados que se aplican a los procedimientos de los Estados miembros en asuntos comunitarios y que, con mayor razón, deben aplicarse a la administración directa de la Unión Europea;
 - Q. Considerando que una Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea ayudaría a la administración de la Unión a utilizar su facultad de organización interna para facilitar y promover una administración de máxima calidad;
 - R. Considerando que una Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea reforzaría la legitimidad de la Unión y aumentaría la confianza de los ciudadanos en su administración;
 - S. Considerando que una Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea podría reforzar la convergencia espontánea de los Derechos administrativos nacionales, en lo que se refiere a los principios generales del procedimiento y a los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a la administración, reforzando así el proceso de integración;
 - T. Considerando que una Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea podría fomentar la cooperación y el intercambio de buenas prácticas entre las administraciones nacionales y la administración de la Unión Europea, con el fin de cumplir los objetivos establecidos en el artículo 298 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea;
 - U. Considerando que, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión dispone de una base jurídica adecuado para la adopción de una Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea; (...)”

refugiados y en el otorgamiento de permisos de residencia en los distintos países de la Unión Europea.

CONCLUSIONES

1º. A la vista de ambos ordenamientos podemos decir que nos encontramos ante uno de los institutos del procedimiento administrativo que más que ningún otro ha contribuido a frenar el anonimato de los sujetos encargados de la gestión del procedimiento, evitando de esta manera que la Administración incurra de forma general en una irresponsabilidad de hecho, ya no resulta fácil para los interesados localizar los autores de las eventuales inercias u omisiones procedimentales.

2º. Hay que subrayar la relevancia de la Ley de Bases de 1889. En efecto, si es indudable que en Italia la doctrina contaba con una larga tradición de estudios sobre el procedimiento administrativo, ya a partir de los principios del siglo XX (la primera obra que teoriza el procedimiento administrativo como concatenación de actos fue del jurista F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914), es igualmente indudable que la primacía legislativa en materia de elaboración de una ley sobre el procedimiento administrativo tiene que ser reconocida a España. La importancia de esta Ley reside en el hecho de que por primera vez el legislador quiso dictar reglas básicas comunes a todas las Administraciones Públicas sobre el procedimiento administrativo. Su pretensión era tan solo establecer las reglas a las que tuvieron que someterse los distintos Departamentos de la Administración Pública a la hora de dictar sus propios reglamentos sobre el procedimiento administrativo. La Ley quiso introducir reglas para organizar en modo más orgánico y eficiente la tramitación y resolución de los expedientes por la Administración Pública. Y aunque lejos de convertirse en principios generales, sin embargo representaron novedades para el derecho administrativo europeo y abrieron el camino al desarrollo – no solo en España sino también en Europa – de una legislación moderna sobre el procedimiento administrativo y conforme a lo que requiere un Estado de Derecho.

3º. La doctrina española sobre la Ley de Bases de 1889 puso de manifiesto como la proliferación reglamentaria a que dio lugar la Ley de 1889 desnaturalizó el objetivo de constituir garantía de uniformidad para los administrados. Esto fue la causa para solicitar al legislador que redactase una nueva Ley sobre el procedimiento administrativo. Los textos de juristas italianos y españoles demuestran cómo la renovación del cultivo de los estudios administrativos por parte de los juristas españoles, la influencia de la legislación extranjera, y la creación de la Revista jurídica RAP, que se convirtió en el foro común por los administrativistas españoles, constituyeron los factores para que el legislador ibérico pudiera empezar a plantearse la exigencia de proceder a redactar una nueva Ley sobre el procedimiento administrativo en España). Hay que poner de relieve que el legislador no hizo caer en el vacío las sugerencias de la doctrina y, en efecto en el 1958 promulgó la Ley sobre el

procedimiento administrativo (LPA), que además de reunir en un texto único las normas procedimentales aplicables a todos los Departamentos ministeriales, reflejaba también el gran paso que dio la doctrina en materia de estudios sea sobre el procedimiento administrativo - concebido ahora como cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin –, sea sobre la organización de las administraciones públicas en sentido moderno, de tal modo que sus procedimientos deberían fundarse sobre las ideas capitales de unidad y flexibilidad; simplificación de trámites; incremento de la productividad; colaboración con los administrados; reducción del número de disposiciones reglamentarias.

4°. Los principios propugnados por la Constitución española han incidido sobre el procedimiento administrativo - y también sobre la LPA -. El legislador español quiso replantearse la cuestión del procedimiento administrativo en función de concretos postulados inferidos directa o implícitamente de la Constitución, y que acabó con la promulgación de la Ley de «Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común» (LRJPAC) 26 de noviembre de 1992 todavía vigente.

5°. Especial relevancia tiene el Proyecto sobre una nueva Ley de procedimiento administrativo en España para alcanzar el objetivo de una Administración pública eficiente, transparente, y ágil. Dicho Proyecto ha sido aprobado ya como Ley el 2 de octubre de 2015, pocos días antes de depositarse esta tesis, con lo que sólo me ha sido posible dejar constancia de ello en estas conclusiones. A la vista de esta modificación podemos formularnos la siguiente pregunta: ¿Qué papel el legislador tiene intención de asignar al responsable del procedimiento (como se denomina en Italia) o al funcionario instructor del procedimiento para alcanzar dicho objetivo? Efectivamente, del examen de las varias reformas sobre el procedimiento administrativo que se han sucedido de 1889, a hoy el papel del funcionario instructor ha sido el gran ausente en el debate legislativo sobre el procedimiento administrativo en España. El legislador de 2015 parece que quiere remediar este olvido de sus predecesores. Del análisis de las apreciaciones destacadas por el Consejo de Estado, cabe señalar que una novedad muy importante en el proyecto de reforma 2015 de la Ley sobre el procedimiento administrativo la encontramos en el artículo 71 apartado 3 que, por primera vez, introduce la figura del responsable del procedimiento entendida como una persona bien individuadalizada – en carne y hueso - que tiene la responsabilidad de la fase instructora. Sin embargo el proyecto de ley todavía no quiso dedicar una sección a esta figura con tareas bien identificadas (aunque de carácter general) como hizo el legislador italiano con el artículo 6 de la Ley 241/1990. ¿Por qué he dado mucha importancia a esta figura? La respuesta se la tenemos en el

capítulo V donde se aborda el estudio del procedimiento administrativo en Italia declinándolo sobre la importancia que ha tenido en este país el instituto del responsable del procedimiento administrativo (disciplinado por el artículo 6 de la Ley 241/1990) con el intento de alcanzar una Administración más transparente, más eficaz y más ágil. Sin embargo conviene aquí adelantar que tal objetivo no ha sido alcanzado completamente, y no a causa de la inutilidad de esta figura. Desafortadamente una clase política y una clase burocrática locales poco preparadas jurídicamente no han sabido comprender las novedades introducidas por la Ley 241/1991, y esta ignorancia ha contribuido a debilitar la figura del responsable del procedimiento. Sólo en los últimos años - y gracias también a un nuevo impulso del legislador en materia de transparencia y eficiencia de las Administraciones públicas- el papel del responsable del procedimiento ha vuelto a la actualidad y se ha puesto en el centro de la máquina burocrática.

6º. En cuanto a la Ley de procedimiento administrativo italiana, hay que hacer hincapié en que, a pesar de larga tradición de estudios sobre el procedimiento administrativo por parte de la doctrina italiana, sin embargo la primera Ley sobre el procedimiento administrativo en Italia fue promulgada en 1990. Las razones de dicho retraso han sido bien explicadas por el Presidente de la Comisión parlamentaria encargada de elaborar el proyecto de Ley sobre el procedimiento administrativo que con algunas modificaciones – respecto a la propuesta originaria – será aprobado por el Parlamento italiano el 7 de agosto de 1990, es decir el jurista Mario Nigro: en primer lugar “los políticos conocen poco los mecanismos de la vida administrativa (...). Los políticos no conocen la Administración y tampoco tienen de ella una verdadera experiencia (...). En segundo lugar, la indiferencia nace del deseo, a lo mejor, inconsciente, de los políticos de no institucionalizar y entumecer las competencias rigurosamente asignadas (...) la relación con la Administración, dejándose ancho espacio al desarrollo de lo que llamamos intrusión de la política. Se mantiene así la relación con una flexibilidad e incertidumbre que permiten la más plena y puntual libertad de intrusiones e injerencia, conservando la autonomía de la Administración que está en nuestra Constitución (...)” (M. NIGRO, *Relazione introduttiva*, AA.VV. *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*. Atti del Convegno Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988, Milano, 1990, págs. 4, 6-7). Con esta Ley el legislador no quiso elaborar un código sobre el procedimiento administrativo, sino formular unas reglas generales que debían ser observadas para la tramitación conducente a dictar un acto administrativo.

7º. Del examen comparado de las dos leyes sobre la fase instructora del procedimiento administrativo han emergido similitudes y diferencias. Entre las diferencias de mayor interés para la

autora de este trabajo conviene señalar, en primer lugar, la ausencia del responsable el procedimiento en la LRJPAC española, y la ausencia del instituto de la información pública en la Ley italiana 241/1990. Con respecto a este último instituto se puede apuntar que eso estaba previsto en la propuesta originaria sobre el procedimiento administrativo en Italia. Pero al momento de su aprobación inexplicablemente el instituto fue borrado. La información pública había sido delineada por Nigro como el lugar donde permitir la máxima participación del ciudadano a la actividad administrativa. La exclusión de la información pública de la ley 241/1990 fue explicado por Nigro como el apego del legislador a la idea de una administración oculta que todavía no acepta la idea de una amplia forma de participación. Últimamente en Italia el alejamiento de los ciudadanos de la vida pública ha sugerido a los políticos locales y nacionales el reforzar las posibilidades de participación y de incidencia de los ciudadanos sobre las principales políticas del país y de las ciudades a través de debates políticos abiertos y creativos. En este contexto la autora de este estudio espera que muy pronto el legislador se acuerde también del viejo artículo 7 de la propuesta de ley sobre el procedimiento administrativo – que preveía la información pública - y que todavía está inaplicado.

8º. También conviene señalar otra diferencia en lo que se refiere a las disciplinas sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración. En España se prescinde de la culpa y la responsabilidad, construyéndose sobre pilares de carácter objetivo, o sea es la lesión el elemento determinante esencial de dicha responsabilidad patrimonial, salvo en los casos de fuerza mayor (artículos 106. 2 CE y 139 LRJPAC). En cambio en Italia, en ausencia de una norma constitucional y de derecho positivo, la jurisprudencia ha reconstruido la responsabilidad patrimonial declinándola al dato subjetivo, es decir que la responsabilidad no puede ocurrir sobre la base del mero dato objetivo de la ilegitimidad de la acción administrativa, siendo necesaria la culpa (o sea el particular para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial tendrá que probar que el daño es consecuencia de la violación de los límites interiores a la discrecionalidad constituida por el deber de imparcialidad y de buen funcionamiento dictados por el artículo 97 de la Constitución). También la disciplina relativa al derecho del particular a exigir el daño causado por la actuación irregular (dolo, o culpa o negligencias graves) del empleado público resulta distinta. En España el particular exigirá directamente a la Administración correspondiente, sin que tenga la obligación o carga legal de dirigir la acción directamente contra la autoridad o personal causante, debiendo la Administración indemnizar al particular y exigir posteriormente de oficio la responsabilidad a su autoridad o personal a través de la acción de regreso (artículo 145 LRJPAC). En Italia, en cambio, el particular para obtener el daño indemnizable puede dirigirse sea contra la Administración que corresponda, la

cual se ve obligada después a ejercitar la acción de regreso; sea directamente contra la persona que dentro de la Administración lo causó (artículo 28 Constitución).

9º. Finalmente, en cuanto al impacto que tienen las dos leyes sobre el procedimiento administrativo cuando el interesado al procedimiento son extranjeros, queda en evidencia cómo la legislación sobre el procedimiento administrativo en ambos los países no está preparada todavía para enfrentarse con una sociedad multicultural. Esta desprevenición ha sido puesta en evidencia por el fenómeno inmigratorio ocurrido en los últimos años ya que cada vez más extranjeros se relacionan con nuestras Administraciones. También sobre estas últimas consideraciones he llegado a la conclusión de que es muy oportuno hoy en día promover los procesos de movilidad de los funcionarios públicos entre Estados europeos para importar en el seno a los mismos las mejores prácticas administrativas. Esta propuesta, si por un lado permite disminuir el contencioso delante del juez (con evidente ahorro de tiempo y, por tanto, de dinero), por otro lado supone dar mejor cumplimiento a los principios democráticos contenidos sea en las Constituciones sea en el derecho comunitario vigente. En este contexto tal vez un empuje a la movilidad de los funcionarios podría llegar de la aprobación de una ley europea sobre el procedimiento administrativo.

Bibliografía

1. AA.VV. *Jornadas de Estudio sobre la Reforma de la Ley 30/1992*, Ministerio de Administraciones Públicas, Sevilla, 1997;
2. N. ALCALÁ ZAMORA, *Proceso, procedimiento, enjuiciamiento*, en *Estudios de derecho procesal*, 1934;
3. R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Ed. Civitas, 2014;
4. A. ALVAREZ RICO, *Principios constitucionales de organización de las Administraciones públicas*, Madrid, 1986;
5. N. AMORÓS RICA, El procedimiento administrativo español, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 185, 1949;
6. E. ARANA GARCÍA, La huida del Procedimiento Administrativo Común y sus garantías en la Ley Orgánica 14/2003 de Extranjería, en *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 112, 2004;
7. M. BALLBÉ PRUNÉ, *La esencia del proceso: el proceso y la función administrativa*, Madrid, 1947;
8. M. BASSOLS COMA, *La significación de la legislación de procedimiento administrativo en el derecho administrativo español. Especial consideración de la Ley de procedimiento administrativo de 1958*, en *Administraciones publicas y ciudadanos*, coordinado por B. Pendas García, Barcelona, 1993;
9. F. BENVENUTI (Funzione amministrativa, procedimento, processo, en *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1952;
10. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino, tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994;
11. G. BERGONZINI, *La motivazione nel diritto amministrativo*, Vicenza, 1979;
12. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968;
13. D. BOZA MARTÍNEZ, *Los derechos de los extranjeros en el procedimiento administrativo*, en Autores Varios, *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia, 2009;
14. F. CAMMEO, Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione, en *Giurisprudenza Italiana*, III, 1908;
15. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914;
16. A. CANEPA, Immigrati e procedimenti amministrativi. La complessa questione della partecipazione, en *Amministrazione in Cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione*, a cura de «Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bechelet"», 2010;
17. E. CAPASSO, La responsabilità civile, penale e amministrativa del responsabile del procedimento, en *Rivista amministrativa*, 10-11, II, 2011;
18. M. CARLÓN RUIZ, *La cuestión de ilegalidad en el contencioso-administrativo contra reglamentos*, Madrid, Civitas, 2005;

19. M. CARLÓN RUIZ, El principio de proporcionalidad, *Los principios jurídicos del derecho administrativo* / Juan Alfonso Santamaría Pastor (dir.), 2010, págs. 203-230;
20. M. CARLÓN RUIZ, El control de la potestad reglamentaria, *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* / Antonio Ezquerro Huerva (dir.), Javier Oliván del Cacho (dir.), 2014, págs. 395-460;
21. F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. II “Atti del processo”, Padova 1938 y III “Procedimento di cognizione”, Padova, 1939;
22. M. CARTABIA, I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, 2013, en www.cortecostituzionale.it;
23. E. GAMERO CASADO – S. FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de derecho administrativo*, Madrid, 2008;
24. J. M. CASALS MARCÉN, La productividad en la nueva ley de procedimiento administrativo, en *Documentación administrativa*, agosto septiembre, 1958;
25. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Milano, 2000;
26. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013;
27. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989;
28. V. CERULLI IRELLI, *Principi del diritto amministrativo*, II, Torino, 2005;
29. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2012;
30. G. CHIANTERA, La particolarità del rapporto tra il responsabile del procedimento e il dirigente dell'unità organizzativa, en www.LexItalia.it, 7-8/2004;
31. R. CHIEPPA, Mario Nigro e la disciplina del procedimento administrativo, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010;
32. M. P. CHITI, *Derecho Administrativo Europeo*, Madrid, 2002;
33. M. P. CHITI, La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009;
34. M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995;
35. C. COELLO MARTÍN y F. GONZÁLEZ BOTIJA, Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: ¿Meros actos internos, actos administrativos o reglamentos? Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio y 12 de diciembre de 2006, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, nº 78, 2007, págs. 267-306.
36. A. CORPACI, La comunicazione dell'avvio del procedimento alla luce dei primi riscontri giurisprudenziali, en *Le Regioni*, 1994;
37. G. CORSO, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, en *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del Convegno Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988, a cura de F. Trimarchi, Milano, 1990;
38. M. DE PAOLIS, *Le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, Milano, 2013;

39. J. J. DIEZ SANCHEZ, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, ed. Civitas, 1992;
40. G. DOMÉNECH PASCUAL, Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa? en *Revista de Administración Pública*, n. 183, septiembre-diciembre, 2010;
41. G.FERNÁNDEZ FARRERES, Os códigos de bo goberno das administracións públicas, Administración & cidadanía: *Revista da Escola Galega de Administración Pública*, Vol. 2, nº. 2, 2007, págs. 25-44;
42. G.FERNÁNDEZ FARRERES, La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional, *Revista española de derecho administrativo*, nº 146, 2010, págs. 265-290;
43. G.FERNÁNDEZ FARRERES, Constitución, ordenamiento jurídico administrativo y configuración de las administraciones públicas, *Cuadernos de derecho judicial*, nº 12, 2013 (*Ejemplar dedicado a: Constitución y control de la actividad administrativa* / José Manuel Bandrés Sánchez-Cruza (dir.)), págs. 29-60;
44. G.FERNÁNDEZ FARRERES, Sistema de Derecho administrativo, Ed. Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2014;
45. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los principios constitucionales del procedimiento administrativo*, en AA.VV., *Gobierno y Administración en la Constitución*, Madrid, t. I, 1988;
46. G. FERRARI – L. TARANTINO, Irrilevanza dell’omesso avviso di avvio del procedimento, en *Rivista Urbanistica e Appalti*, n. 2, 2006;
47. G. FIORILLO, Il responsabile del procedimento: individuazione, compiti e responsabilità, en *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2012, n. 4;
48. U. FORTI, Atto e procedimento amministrativo, en *Rivista diritto pubblico*, 1930, I;
49. U. FORTI, Il silenzio della pubblica amministrazione, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1933;
50. U. FORTI, *Diritto Amministrativo*, vol. I, Napoli, 1934;
51. I. FRANCO, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Bologna, III edicciòn;
52. A. GALASSINI, *Valutazione della performance. Il decreto lgs. 150/2009. Quali spazi per la professione “psicologo de lavoro e delle organizzazioni”?*, Comune di Firenze, Slide;
53. R.GALLI – D. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2001;
54. E. GAMERO CASADO y S. FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de derecho administrativo*, Madrid, 2008;
55. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Administración española*, Madrid, 1972;
56. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Para una historia interna de la «Revista de Administración Pública», en *Revista de Administración Pública*, n. 150, 1999;

57. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Un punto de vista sobre la nueva Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común de 1992, en *Revista de Administración Pública*, n. 130, 1993;
58. F. GARRIDO FALLA, Ante el proyecto de Ley sobre procedimiento administrativo, en *Documentación Administrativa*, n. 7, 1958;
59. F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1987;
60. F. GARRIDO FALLA, *La administración pública después de la Constitución*, 1989;
61. F. GARRIDO FALLA, El procedimiento administrativo de 1950 a hoy, en *Revista de Administración Pública*, n. 150, Septiembre-Diciembre, 1999;
62. F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 2001;
63. J. GASCÓN Y MARÍN PÉREZ, *Tratado de derecho administrativo: principios y legislación española*. Tomo 1, Doctrina general, Madrid, 1933;
64. J. GASCÓN Y MARÍN PÉREZ, Necesidad de un Código de procedimiento administrativo, en *Revista de estudios políticos*, núm. 48, 1949;
65. L. GILI, *Straniero e partecipazione al procedimento amministrativo*, en A. Crosetti – F. Fracchia, *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano, 2002;
66. M.S. GIANNINI, Motivazione dell'atto amministrativo, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977;
67. M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1981;
68. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993;
69. F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos*, en *Administración y Constitución. Estudios en homenaje al profesor Mesa Moles*, Madrid, 1982;
70. F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentario al artículo 1 de la Ley 30/1992* en J. González Pérez y González Navarro, *Comentarios a Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)* vol. I, IV edición, 2007;
71. F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Cincuenta años de procedimiento administrativo en un mundo cambiante*, Madrid, 2009;
72. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1957;
73. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964;
74. J. GONZÁLEZ PÉREZ – F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentario a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, tercera edición;
75. A. GUAITA, *La revisión de la Ley de procedimiento administrativo*, Madrid, 1964;

76. M. HEREDERO HIGUERAS, La recepción del management en la ley de procedimiento administrativo de 1958, en *Revista General de Derecho*, n. 17, 2008;
77. J. IVARS RUIZ – R. S. MANZANA LAGUARDA , *Responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos*, Valencia, 2008;
78. C.M. JACCARINO, *Studi sulla motivazione, con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933;
79. S. LARICCIA, *Diritto amministrativo*, Padova, 2000;
80. F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, en *Diritto amministrativo degli anni ottanta, Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, 1987;
81. U. LIGUORI, Il responsable del procedimiento e il soggetto attivo del reato di cui all'art. 328 c.p.: due figure che spesso non coincidono, en *Temi Romana*, 1997;
82. F. LONGO, Evaluación y gestión del rendimiento laboral en las Administraciones Públicas, en *Presupuesto y Gasto Público*, n. 41, 2005;
83. LÓPEZ MENUDO, Los principios generales del procedimiento administrativo, en *Revista de Administración Pública*, n. 129, Septiembre-Diciembre, 1992;
84. F. LOPEZ MENUDO, *Los principios Derecho procesal administrativo generales del procedimiento*, en *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, coord. por A. Pérez Morano, 1993;
85. F. LOPEZ-NIETO y MALLO, *Manual de procedimiento administrativo*, Barcelona, 1978;
86. L. LÓPEZ RODÓ, Directrices de la ley de procedimiento administrativo, en *Documentación Administrativa*, agosto-septiembre, 1958;
87. L. LÓPEZ RODÓ, *La Administración Pública y las transformaciones socio-económicas*, Madrid, 1963;
88. L. LÓPEZ RODÓ, *El procedimiento administrativo, garantía de los administrados*, Obra de Autores varios, *Procedimiento administrativo. Ponencias del IV Encuentro Hispano-Argentino sobre derecho administrativo*, 1994;
89. G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione amministrativa*, Milano, 1969;
90. I. MARTÍN DELGADO, El procedimiento administrativo en el derecho de la Unión Europea, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 19 - 2º semestre 2010;
91. R. MARTÍN MATEO, *Prologo a la obra de J.J. Diez Sanchez , El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, 1992;
92. A. MARTÍNEZ MARÍN, *Derecho administrativo. La organización administrativa*, Madrid, 1986;
93. A. MASUCCI, Apuntes reconstructivos de la Ley sobre del Procedimiento Administrativo en Italia, en *Documentación Administrativa*, Mayo-Diciembre, núms. 248-249, 1997;
94. B.G. MATTARELLA, *Il procedimento*, en *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2004;

95. L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Ed. Civitas, 2005;
96. L. MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Ed. Aranzadi, 2007;
97. A. MERKL, *Teoria general del Derecho administrativo*, Madrid, 1935;
98. G. MIELE, L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi, en *Foro Amministrativo*, 1942;
99. G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, en L. Mazzaroli – G. Pericu – A. Romano – F.A. Roversi Monaco – F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, IV, ed. Modena, 2005;
100. C. MORTATI, Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi, en *Giurisprudenza Italiana*, III, 1943;
101. A. NIETO, *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*, Madrid, 1996;
102. M. NIGRO, Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione, en *Problemi di amministrazione*, 1981;
103. M. NIGRO, *Relazione introduttiva*, en AA.VV. *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*. Atti del Convegno Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988, a cura de F. Trimarchi, Milano, 1990;
104. L. ORTEGA ÁLVAREZ, Constitución y reforma administrativa en España, en *Parlamento y Constitución*, n. 2, 1998;
105. A. PALOMAR OLMEDA, La transformación del procedimiento administrativo en procedimiento electrónico, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 852, 2012, pág. 8;
106. A. PALOMAR OLMEDA, Las notificaciones en el procedimiento administrativo: un problema no resuelto, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 8 (Diciembre 2014), 2014, págs. 185-198;
107. F. PANTALEÓN PRIETO, Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, en *Documentación Administrativa* n. 237-238 (enero-junio 1994);
108. V. PEDACI, In margine alla figura del responsabile del procedimento: funzioni e profili di responsabilità, en *Rivista amministrativa*, II, 2000;
109. L. PERFETTI, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, 2008;
110. J. L. PIÑAR MAÑAS, *Procedimiento administrativo y comunidades autónomas*, en AA.VV., *Gobierno y administración en la Constitución*, Madrid, t. II, 1988;
111. M. PINELLI, Art. 323 c.p. e profili di illiceità ravvisabili nei confronti del responsabile del procedimento per il rilascio del permesso di costruire, en *Cassazione penale*, 9, 2012;
112. J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y el ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, 2001;

113. L. RAGGI, Motivi e motivazione dell'atto amministrativo, en *Giurisprudenza Italiana*, III, 1941;
114. O. RANELLETTI, Il silenzio nei negozi giuridici, en *Rivista per le Scienze Giuridiche*, 1892;
115. M. RIVALTA, *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e al privato interesse*, Milano, 1960;
116. G. ROHERSSEN, Note sulla motivazione degli atti amministrativi, en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1941;
117. M.L. ROMANO, La figura del responsabile del procedimento ex lege 7 agosto 1990, n. 241, nell'ambito della Corte dei Conti, en *Rivista Corte dei Conti*, 1, IV, 1993;
118. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987;
119. A. ROMANO TASSONE, Motivazione nel diritto amministrativo, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XIII, Torino, 1997;
120. G. ROSSI, *Diritto amministrativo. Principi*, vol. I, Milano, 2005;
121. S. ROYO VILLANOVA, *Problemas del régimen jurídico municipal*, Madrid, 1944;
122. S. ROYO VILLANOVA, *Problemas del régimen jurídico municipal*, Madrid, 1944;
123. S. ROYO VILLANOVA, El procedimiento administrativo como garantía, en *Revista de estudios políticos*, núm. 48, 1949;
124. A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940;
125. A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1959;
126. A. SANDULLI, *Il procedimento*, en S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 2003;
127. M.A. SANDULLI – L. MUSSELLI, artt. 4, 5 e 6, en, *L'azione amministrativa. Commentario alla L. 7 agosto 1990, n. 241, modificata dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal D.L. 14 marzo 2005*, a cura di V. Italia, n. 35, Milano, 2005;
128. G. SANTACROCE, Il responsabile del procedimento amministrativo di fronte al giudice penale: l'incidenza del termine finale del procedimento nel delitto di omissione di atti d'ufficio, en *Consiglio di Stato*, II, 2013;
129. D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, 2004;
130. R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1999;
131. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2005;
132. L. SPIEGEL, *Derecho administrativo*, Barcelona, 1933;
133. J. M. SUÑER PI, Prologo, en E. Vivancos, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo: Ley de 17 de julio de 1958 y disposiciones complementarias*, Barcelona, 1959;

134. V. TENORE, Responsabilità solidale della P.A. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: auspicabile il recupero di una nozione rigorosa di occasionalità necessaria con i fini istituzionali, in *LexItalia*, n. 2, 2005;
135. J. TORNOS MAS, *Prologo*, en J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y el ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, 2001;
136. S. USAI, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, 2014;
137. L. VANDELLI, Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi, in *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 1973;
138. J. M^a. VILLAR Y ROMERO, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1948;
139. V. VITALE, Omissione di atti d'ufficio e sua imputazione alla luce della legge n. 241/1990, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2, 2000.